

**Reklamasjon ved salg av ny bolig
– en sammenliknende fremstilling av
reklamasjonsreglene i bustadoppføringslova
og NS 8407**



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 550

Leveringsfrist: 25.11.2011

(* regelverk for masteroppgave på:

www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUR5030/reglement/vedlegg_emnebeskrivelse_masteroppgaver_JUR5030_5060.html)

Til sammen 17 858 ord

24.11.2011

Innholdsfortegnelse

1. Innledning.....	1
1.1 Om oppgaven	1
1.2 Begrepsbruk	2
1.3 Avgrensning	2
1.4 Rettskildebruk	3
2. Kort om reklamasjonsbegrepet	5
3. Den absolutte reklamasjonsfrist	6
3.1 Innledning	6
3.2 Foreldelsesfrister	7
3.3 Hovedregelen – reklamasjonsfrist fra overtakelse	9
3.4.1 Utsatt friststart ved utbedringsarbeider	11
3.4.2 Ny femårsfrist for hele tjenesten	14
3.4.3 Vurderingen av om rettingen gjelder ”vesentlig eller større avgrenset del”	15
3.4.4 Hva som omfattes av den utsatte reklamasjonsfrist ved utbedringsarbeider	18
3.4.5 Ny reklamasjonsfrist ved rettingsarbeid etter bustadoppføringslova – en god regel?	19
3.6 Ny femårsfrist der utbedringen fører til nye skader	19
3.7 Ny femårsfrist ved utsatt utførelse	20
3.8 Oppsummering	23
4. Den absolutte reklamasjonsfrist ved videresalg.....	24
4.1 Fristen utløper på forskjellige tidspunkter	24
4.2 Den absolutte reklamasjonsfrist ved direktekrav	25
4.3 Regress	29
4.4 Oppsummering	30
5. Øvrige reklamasjonsfrister	31
5.1 Byggherrens relative reklamasjonsfrist ved videresalg	31
5.2 Den relative reklamasjonsfrist for forbrukerens direktekrav	36
5.3 Reklamasjon ”så snart råd er”	36
6. Reklamasjonens omfang	39
6.1 Krav til reklamasjonens mangelangivelse	39
6.2 Nærmere om reklamasjonens rekkevidde	42
7. Unntak fra reklamasjonsfristene.....	44
7.1 Grov uaktsomhet	44

7.2 Utvidet direktekravsadgang ved grov uaktsomhet	50
7.3 Realitetsdrøftelser ved relative reklamasjonsfrister	51
7.4 Realitetsdrøftelser ved absolutte reklamasjonsfrister	54
7.5 Utvidet direktekravsadgang som følge av realitetsdrøftelser	55
2. LITTERATURLISTE	58

1. Innledning

1.1 Om oppgaven

Oppgaven gir en sammenliknende fremstilling av reglene om reklamasjon etter henholdsvis bustadoppføringslova¹ og NS 8407.² Fremstillingen tar sikte på å få frem likheter og forskjeller i reklamasjonsreglene slik de vil gjelde for en kjøper av nyoppført bolig (forbrukerkjøper) og for en næringsdrivende byggherre.

Et praktisk og aktuelt tilfelle ved oppføring av nye boliger er situasjonen der en totalentreprenør (A) oppfører et bygg for byggherre (B), og hvor denne før egen overtakelse videreselger hele eller deler av bygget til private boligkjøpere (C). I disse tilfellene vil byggherren (B) være part i to kontrakter knyttet til samme kontraktsgjenstand, som henholdsvis kjøper og selger av bygget. Dersom kontraktsgjenstanden er mangelfull, kan dette utløse rettigheter og plikter i begge partskonstellasjonene. Kontraktsforholdet mellom A-B vil imidlertid gjennomgående være regulert av andre bestemmelser enn kontraktsforholdet mellom B-C, ettersom det for avtalen med forbrukeren (C) vil gjelde preseptoriske lovrettigheter som ved motstrid vil gå foran avvikende avtaleregulering.

En problemstilling som aktualiseres ved slike videresalg, og som oppgaven tar sikte på å besvare, er hvorvidt det gjør seg gjeldende forskjeller i reklamasjonsreglene etter NS 8407 (som forutsettes anvendt i avtaleforholdet A-B) og etter bustadoppføringslova (ufravikelig i avtaleforholdet B-C). Herunder oppstår spørsmålet om eventuelle forskjeller i reglene kan medføre at reklamasjonsfrister for en og samme mangel utløper på forskjellige tidspunkter i de to kontraktsforhold. Problemstillingen må besvares i lys av forbrukerens (C) muligheter til å fremsette reklamasjoner direkte overfor totalentreprenøren (A).

¹ Lov om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad mm. (bustadoppføringslova) av 13. juni 1997 nr. 43 (forkortet ”bufl.”)

² Norsk Standard 8407:2011 - Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser (NS 8407) av 1. juli 2011

1.2 Begrepsbruk

Som følge av at oppgaven skal beskrive reklamasjonsreglene etter to ulike kontraktsforhold, som til dels benytter ulike betegnelser på de involverte aktører, må det innledningsvis foretas noen valg og presiseringer hva gjelder begrepsbruken.

Entreprenør/totalentreprenør blir i det følgende brukt for å beskrive den som etter en standardkontrakt forestår oppføringen av bygget.³

Byggherre brukes om den videreselgende part, (uavhengig av om byggherren omtales i sin rolle som realkreditor/byggherre etter NS 8407 eller som realdebitor/entreprenør etter bustadoppføringslova.)

Forbruker sikter til den private kjøper av boligen.

Kjøper eller realkreditor benyttes for å omtale kjøpersiden generelt, f.eks. både byggherre og forbruker.

Selger eller realdebitor benyttes for å omtale selgersiden generelt, f.eks. både totalentreprenør og byggherre.

1.3 Avgrensning

Oppgaven tar kun sikte på tilfellene der byggherren videreselger boligenheter han ikke selv står for oppføringen av. I slike tilfeller kan kontrakten mellom byggherre og entreprenør om oppføring av bygget bli inngått på bakgrunn av flere ulike standardavtaler, eventuelt etter særskilt utformede avtalevilkår (ofte kalt

³ I bustadoppføringslova er realdebitor definert som "entreprenør", se bufl. §§ 1 og 2. Ettersom oppgaven tar sikte på tilfellene med videresalg er dermed uttrykket "entreprenør" noe tvetydig. I den grad uttrykket benyttes i oppgaven brukes det uforbeholdent i tråd med den begrepsbruk som her er avklart.

”skreddersøm”). Oppgaven er avgrenset til tilfelle der kontrakten er inngått etter gjeldende totalentreprisestandard NS 8407.

Videre skal oppgaven behandle reklamasjonsreglene etter bustadoppføringsloven. Lovens regulering gjelder ufravikelig til fordel for den private boligkjøper der avtalen er inngått *før* boligen står ferdig, jf. bufl. §3, jf. bufl. § 1 (litra b). Loven kommer til anvendelse selv om forbrukerens medkontrahent, selgeren av boligen, ikke skal stå for utførselen av boligen.⁴ Dersom en bolig selges *etter* at alt entreprenørarbeid er utført gjelder avtalefriheten, dog slik at avhendingslova dels er gjort preseptorisk til fordel for forbruker, jf. avhendingslova § 1-2.⁵ Men partene kan også her avtale at bustadoppføringslova skal gjelde, da reguleringer der er gunstigere for forbruker enn etter avhendingslova. I det følgende beskrives bare situasjonen der bustadoppføringslova kommer til anvendelse.

Oppgaven vil som nevnt ta for seg reklamasjonsreglene slik de vil gjelde i trepartsforholdet som oppstår ved videresalg. I denne forbindelse er særlig de absolutte reklamasjonsfrister som reiser de største utfordringer. Av denne grunn er hovedtyngden i oppgaven knyttet til behandlingen av de absolutte fristene. Problemstillinger knyttet til de relative reklamasjonsfrister vil bli begrenset til der disse får særlig betydning ved videresalget.

Av hensyn til avhandlingens omfang er fremstillingen endelig avgrenset til å omhandle reklamasjon for mangler som viser seg *etter* overtakelse.

1.4 Rettskildebruk

Rettskildebruken i oppgaven tar utgangspunkt i tradisjonell norsk rettskildelære. Enkelte særtrekk vil imidlertid gjøre seg gjeldende ettersom oppgaven dels berører forbrukerforhold, dels omhandler forholdet mellom presumptivt profesjonelle aktører på entrepriserettens område.

⁴ Ot.prp. nr. 21 (1996-1997) s. 44

⁵ Lov om avhending av fast eiendom (avhendingslova) av 3. juli 1992 nr. 93 (forkortet ”avhl.”)

Bustadoppføringslovas regler er i stor grad bygget over samme lest som øvrig kontraktslovgivning vedtatt i nyere tid, blant annet kjøpsloven, håndverkertjenestelova⁶ og avhendingslova.⁷ Hensynet til konsekvens i lovverket var et viktig hensyn ved vedtakelsen de nevnte lover og tilsier at der lovtekstene gir anvisning på de samme løsninger bør disse tilstrebes tolket likt.⁸ Forarbeider og rettspraksis knyttet til likelydende lovtekst i de nevnte lover er derfor ansett relevante ved tolkningen av bustadoppføringslova.

NS 8407 er en norsk standardkontrakt som ifølge tittelen inneholder ”alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser”. Som et naturlig utslag av det grunnleggende prinsipp om avtalefrihet, må imidlertid partene selv inkorporere standarden i avtalen seg imellom for at bestemmelsene skal komme til anvendelse. Dette gjøres gjerne ved at partene oppretter et kort avtaledokument med navn på partene, kontraktssum og lignende, og hvor det inntas en uttrykkelig henvisning til NS 8407. Bestemmelsene i standardkontraktene for landentreprise er i stor utstrekning et utslag av alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper, men bestemmelsene innebærer også avvikende kompromisser, fremforhandlet av den komité med representanter for både byggherre og totalentreprenørs interesser som utarbeidet standarden.⁹ NS 8407 er forutsatt anvendt mellom profesjonelle parter hvor bl.a. hensynet til forretningslivets sikkerhet og forutberegnelighet veier tungt.¹⁰ Disse særtrekk taler for at man ved tolkningen av standardens bestemmelser holder seg til den objektive forståelse av bestemmelsenes ordlyd.¹¹

NS 8407 ble fastsatt 1. juli 2011, se avtalens forord, og foreløpig foreligger det lite rettskilder omkring denne standarden. Ettersom bestemmelsene som et utgangspunkt

⁶ Lov om håndverkertjenester mm. for forbrukere (håndverkertjenestelova) av 16. juni 1989 nr. 63 (forkortet ”hvtjl.”)

⁷ Lov om kjøp (kjøpsloven) av 13. mai 1988 nr. 27 (forkortet ”kjl.”)

⁸ Ot.prp. nr. 21 (1996-1997) s. 29 og Hagstrøm (2008) s. 49

⁹ Hagstrøm (1996) s. 14

¹⁰ Jf. Rt. 2003 s. 1132

¹¹ Woxholth (2003) s. 436-437

bør undergis en streng ordlydsfortolkning, kan tolkningen av identiske regler i lignende standardavtaler gi veiledning. Rettspraksis og litteratur vedrørende likelydende bestemmelser i den "gamle" totalentreprisestandarden NS 3431 (2. utg. av 1994), samt gjeldene utførelsesentreprisestandard NS 8405, og øvrige standardkontrakter, er derfor anvendt som relevante rettskilder ved tolkningen av NS 8407.

I tillegg til rettspraksis fra domstolene er én avgjørelse i boligvistnemnda benyttet i oppgaven. Boligvistnemnda behandler saker mellom forbruker og entreprenør/boligutvikler ved oppføring og kjøp av ny bolig eller kjøp av ny bolig.¹² Avgjørelsene herfra kan tillegges relevans på linje med juridisk teori som følge av nemndas juridisk og faglige kyndighet. Nemndas avgjørelser er bare i begrenset utstrekning offentlig tilgjengelig, og det er bare entreprenører i enkelte bransjeforeninger som kan trekkes inn for nemnda.¹³ Avgjørelser herfra er derfor ikke tillagt særlig vekt ved generelle tolkningsspørsmål.¹⁴

2. Kort om reklamasjonsbegrepet

Reklamasjon innebærer et krav om varsel ved mislighold – kreditor må innen en viss tid *varsle* sin medkontrahent dersom han mener det foreligger kontraktsbrudd. Er reklamasjonen rettidig beholder kreditor sine rettigheter etter kontrakten – reklamasjon anses som et *rettsbevarende utsagn*.¹⁵ I motsatt tilfelle, der reklamasjon er unnlatt eller for sent fremsatt, vil retten til å gjøre gjeldende misligholdsbeføyelser som følge av kontraktsbruddet gå tapt. Reklamasjonsfristene har altså *preklusive virkninger* – oversettes de tapes retten til de sanksjoner mot medkontrahenten som kreditor ellers ville hatt som følge av misligholdet, slik som krav på utbedring/retting, prisavslag, erstatning og heving.

¹² <http://boligvistnemnda.no>

¹³ l.c.

¹⁴ Hagstrøm (2008) s. 58

¹⁵ Monsen (2010) s. 148

Et krav om varsel ved mislighold er i dag utbredt i norsk og internasjonal kontraktsrett, og bestemmelser om reklamasjon gjenfinnes i en rekke kontraktslover og standardavtaler. Fra den internasjonale kontraktsrett kan blant annet Undidroits Principles¹⁶ art. 7.2.2 og 7.3.2 og CISG¹⁷ art. 39 trekkes frem som eksempler på reklamasjon som minner mye om de norske lovbestemmelser.

Innledningsvis skal også nevnes at krav til varsel ved (påstått) kontraktsbrudd og undertiden preklusjonsvirkninger ved forsinkede varsler, kan følge av alminnelige lojalitetskrav og passivitetsbetraktninger i avtaleforhold.¹⁸ Hva gjelder de nærmere hensynene bak reklamasjonsreglene, vil disse behandles nærmere i forbindelse med beskrivelsen av reklamasjonsreglene underveis i oppgaven.

3. Den absolutte reklamasjonsfrist

3.1 Innledning

Den ”absolutte reklamasjonsfrist” angir når en kontraktspart senest kan gjøre gjeldende et mangelskrav. Mangler som varsles etter utløpet av fristen vil i utgangspunktet ikke innebære rettslige krav mot den misligholdende part. Fristen angir en sluttstrek for mangelskrav etter kontrakten. Ved oppføring av bygg vil enkelte problemer, eksempelvis betongskader, ofte vise seg lenge etter oppføring av bygget.¹⁹ For slike tilfeller innebærer altså fristen en slags risikofordeling mellom partene, etter et visst antall år går risikoen for skjulte mangelfulle forhold over på kjøper selv om disse skyldes utførelsen.

De absolutte frister ivaretar hensynet til realkreditors behov for at det på et eller annet tidspunkt må settes en strek over gamle kontrakter. Slik sett bærer den absolutte reklamasjonsfrist preg av å være en spesialversjon av foreldelsesfristene.²⁰ Etterhvert

¹⁶ UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts av 1994

¹⁷ FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løsørekjøp (CISG) lov av 13. mai 1988 nr. 426

¹⁸ Hagstrøm (2008) s. 339

¹⁹ Kolrud (1992) s. 316

²⁰ Hagstrøm (1996) s. 121

som tiden fra kontraktsutførelse går øker rimeligheten i at tilstanden mellom partene skal forbli som den er. Dette status quo hensynet er benyttet både som en beskrivelse og som en begrunnelse for de absolutte reklamasjonsreglene.²¹ Realdebitor skal etter en stund slippe å frykte for ytterligere mangelskrav.²² Det er også ansett gunstig for forretningslivet at debitor ikke må sette av midler til ytterligere mangelskrav i lang tid etter en handel.²³

En viktig begrunnelse for den absolutte reklamasjonsfrist er dessuten retts tekniske hensyn. Etter flere års bruk av kontraktsytelsen vil det være bevismessige utfordringer ved å påvise om de sviktende forhold på boligen skyldes ytelsen fra realdebitor eller er forårsaket av noe kjøperen har overtatt risikoen for - som f.eks. skade/uriktig bruk/slitasje etc.²⁴

3.2 Foreldelsesfrister

Parallelt med reklamasjonsfristene etter bustadoppføringslova og NS 8407 løper foreldelsesfristene etter foreldelsesloven.²⁵

Dette er uttrykkelig nevnt i bufl. § 30 (siste ledd). Denne bestemmelsen er strengt tatt overflødig ettersom foreldelsesloven omfatter fordringer på "penger eller andre ytelser" generelt jf. fl. §§ 1 nr.1. Henvisningen til foreldelsesreglene er imidlertid inntatt i bustadoppføringslova "for å styrke forbrukerens kunnskap om foreldelsesreglene".²⁶

Oversittelse av foreldelsesfrister medfører at kreditor taper sine krav, og har i forhold til kreditors mangelsbeføyelser mange av de samme rettsvirkninger som reklamasjonsfristene.

²¹ Holmboe (1991) s. 26

²² Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 81

²³ Holmboe (1991) s. 26 flg. og Monsen (2010) s. 157 flg.

²⁴ Monsen (2010) s. 157

²⁵ Lov om foreldelse av fordringer (foreldelsesloven) av 18. mai 1979 nr. 18 (forkortet "fl.")

²⁶ Innst.O. nr.58 (2006-2007) pkt. 4.1

Etter hovedregelen i fl. §2 gjelder foreldelsesfristen i tre år. Der fordringen skyldes mislighold regnes fristen fra den dagen misligholdet inntreffer jf. fl. § 3 nr. 2. Dersom kontraktsbruddet skyldes mangler ved kontraktsytelsen regnes misligholdet for å inntre ved overtakelsen av kontraktsarbeidet, jf. NS 8407 pkt. 42.1 og bufl. § 28, selv om manglende først viser seg senere.²⁷ Foreldelsesfristene løper altså i likhet med reklamasjonsfristene fra overtakelse.²⁸

Foreldelsesfristen på tre år kan i utgangspunktet utløpe før den absolutte reklamasjonsfrist på fem år. Etter fl. §10 nr. 1 gjøres det unntak fra treårsfristen der kreditor mangler nødvendig kunnskap om fordringen - eksempelvis ved skjulte mangler. I så fall utløper fristen tidligst ett år fra ”fordringshaveren fikk eller burde skaffet seg slik kunnskap”. Fra tidspunktet mangelen oppdages eller burde vært oppdaget har altså kjøper ett år på å avbryte foreldelsesfristen. Vilåårene for fristens utgangspunkt etter fl. §10 nr. 1 tilsvarer de som gjelder for de relative reklamasjonsfrister. *Reklamasjon* må på den annen side skje ”innen rimelig tid” deretter, hvilket i de aller fleste tilfeller er langt kortere enn ett år.²⁹ Den relative reklamasjonsfristen vil i disse tilfellene utløpe før foreldelsesfristen.

Selv om reklamasjonsfristene normalt utløper tidligere enn foreldelsesfristene er det viktig med kunnskap om sistnevnte da en reklamasjon ikke oppfyller foreldelseslovens krav til avbrytelse. Kreditor må på lovens vilkår avbryte foreldelsen innen fristene i fl. § 2 eventuelt etter § 10. Foreldelsesfristen avbrytes ved at det tas rettslige skritt mot skyldner ”for å få dom, skjønn, voldgiftsdom eller liknende avgjørelse”, jf. fl. §15 Dette skjer typisk ved stevning eller prosessvarsel. Etter fl. §14 avbrytes fristen dessuten ”når skyldneren overfor fordringshaveren uttrykkelig eller ved sin handlemåte erkjenner forpliktelsen”. I dette ligger imidlertid noe annet *og langt mer enn* at debitor mottar kreditors reklamasjon og sier han vil se nærmere på saken.³⁰ Med andre ord kan ikke kreditor slå seg til ro med at reklamasjonen er rettidig avsendt.

²⁷ Marthinussen (2010) s. 618, Lilleholt (2001) s. 164

²⁸ RG-1999-1

²⁹ Se oppgavens pkt. 5.1

³⁰ Marthinussen (2010) s. 618

Det er derfor viktig for både forbruker og byggherre å være klar over at foreldelsesfristene løper parallelt med og i tillegg til reklamasjonsfristene. Selv etter at kreditor har fremsatt en alminnelig reklamasjon vil foreldelsesfristen løpe frem til det er tatt rettslige skritt.

Etter fem år vil normalt den absolutte reklamasjonsfrist være utløpt slik at regelen om tilleggsfrist i fl. §10 nr. 1 ikke lenger får selvstendig betydning – mangelskravene er allerede tapt som følge av reklamasjonsfristene. Det finnes riktignok unntak fra reklamasjonsfristene, slik som ved grov uaktsomhet. Her vil foreldelsesfristene likevel få selvstendig betydning ettersom disse frister løper uavhengig av slike forhold. Det er derfor viktig at en kreditor ikke slår seg til ro i den misoppfatning at ved den grovere skyld ikke gjelder preklusive varslingsregler.

Etter § 10 nr. 3 kan foreldelsesfristen ikke utvides med mer enn ti år, slik at den i alle tilfeller utløper etter tretten år (3 + 10 år) fra overtakelse. Dette vil markere det absolutt siste tidspunkt en mangel kan gjøres gjeldende. I det følgende vil ikke foreldelsesfristene behandles i forhold til de enkelte problemstillinger.

3.3 Hovedregelen – reklamasjonsfrist fra overtakelse

Hovedregelen om den absolutte reklamasjonsfrist ved forbrukerkjøp av bolig fremgår av bufl. §30 (1, 2. pkt.): "Ein mangel kan ikkje gjerast gjeldande seinare enn fem år etter overtakinga".

NS 8407 pkt. 42.2.2 (2. pkt.) oppstiller en hovedregel om reklamasjon med tilnærmet samme formulering. Fristlengden på fem år er altså samsvarende i de to regelsettene.

Slik har det ikke alltid vært. NS 8407 ble vedtatt som ny gjeldende totalentreprisestandard den 1.7.2011. Etter den tidligere totalentreprisestandard NS3431 gjaldt en absolutt reklamasjonsfrist på tre år, jf. NS 3431 pkt. 37.8, annet ledd. Dette innebar en vesentlig forskjell på lengden av reklamasjonsfristene i trepartsforholdet ved videresalg som skal påpekes underveis i fremstillingen.

Femårsfristen begynner å løpe ved overtakelse. I de profesjonelle entrepriseforhold er hovedregelen at det skal foretas en formell overtakelsesforretning, jf. NS 8407 pkt. 37. I slike tilfeller vil derfor fristen løpe fra dagen da overtakelsesforretningen ble gjennomført. I bustadoppføringslova er regelen om overtaking gitt i § 14, som tilsvarende angir at det kan foretas en ”overtakingsforretning”.

Fra hovedregelen om reklamasjonsfrist fra overtakelsesforretning må det gjøres en del presiseringer. Se f.eks. bufl. §14 om innflytting³¹ og NS 8407 pkt. 37.5 om delovertakelse. På nærmere angitte vilkår kan realdebitor gjennomføre overtakelsesforretningen på egen hånd og reklamasjonsfristene vil fra dette tidspunkt begynne å løpe, se bufl. §15 (2. ledd) og NS 8407 pkt.37.1 (2. ledd). Disse og andre omstendigheter som kan forrykke utgangspunktet med overtakelsesforretning skal ikke nærmere behandles her, oppgaven er knyttet til de mangler som viser seg i tiden etter overtakelsen. Behandlingen av reklamasjonsreglene i det følgende forutsetter at de nærmere omstendigheter som må foreligge for at det skal gis overtakelsesvirkninger er inntrådt. Poenget med å nevne dette innledningsvis er å gjøre oppmerksom på at det ikke alltid er slik at reklamasjonsfristen løper fra overtakelsesforretning.

Reklamasjonsfristen etter standardavtalene begynner å løpe fra og med dagen overtakelsesforretningen avsluttes, jf. NS 8407 pkt. 37.4 (siste ledd).³² Dersom overtakelsesforretning avsluttes 31. desember 2011, må byggherren senest reklamere innen 31. desember, 2016. Det er lite som tilsier at løsningen skal være annerledes etter bustadoppføringslova. Hensynet til ensartethet i regelverket tilsier at denne løsning høyst sannsynlig vil legges til grunn. Forskjellen blir uansett minimal og problemet vil trolig sjelden komme på spissen. For den som reklamerer 1. juni (fra eksempelet overfor) vil dette likevel være en mager trøst. Ved mangler som oppdages i tiden like før femårsfristens utløp vil det i alle tilfelle være av sentral betydning å kjenne til datoen for overtakelse som normalt vil være avgjørende fristens endelige sluttstrek.

³¹ Denne regelen gjenfinnes ikke i NS 8407 som i pkt. 38.1 siste ledd slår fast at reklamasjonsfristen ved brukstakelse løper fra overtakelsesforretning. Se til sammenlikning NS8405 pkt. 32.8 siste ledd.

³² Marthinussen (2010) s. 614. Se også Marthinussen (2007) s. 436

Fristen avbrytes når reklamasjonen blir forsvarlig avsendt, jf. bufl § 5 og prinsippet i avtl. § 40.³³

3.4.1 Utsatt friststart ved utbedringsarbeider

I utgangspunktet løper den absolutte reklamasjonsfrist fra overtakelsesforretningen (eller i alle fall fra et fastsatt tidspunkt som medfører tilsvarende overtakelsesvirkninger). Etter NS 8407 pkt. 42.2.2 (3. ledd) er det i visse tilfeller åpnet for en fornyet femårsfrist. Bestemmelsen angir at ved utbedringsarbeid ”løper en ny 5-årsfrist fra avslutningen av utbedringsarbeidet for vedkommende del”. Regelen er identisk med det som i lengre tid har vært gjeldende for utførelsesentreprisene³⁴, men er ny i totalentreprisemodellen.³⁵ Bestemmelsen er i tråd med adgangen til delovertakelse, reklamasjonsfristen løper ikke før realkreditor har levert vedkommende del av boligen i kontraktsmessig stand. Regelen innebærer en fordel for byggherre som i praksis oppnår en utvidet rettighetsperiode ved utbedring.

Den utsatte reklamasjonsfristen er begrenset til ”ett år utover den opprinnelige fristen”. Reklamasjonsperioden kan derfor ikke bli lenger enn maksimalt seks år fra overtakelsen. Begrensningen er et eksempel at standardkontraktene gir anvisninger på balanserte løsninger.

I avtaler med forbrukere er rettsregelen for reklamasjonsfristen etter retting ikke like lett tilgjengelig. Bustadoppføringslova inneholder ikke et uttrykkelig unntak for disse situasjoner. Lovens hovedregel er at femårsfristen regnes fra ”overtakinga”, jf. § 30. Umiddelbart kan regelen virke klar; den absolutte reklamasjonsfrist løper fra overtakelse, upåvirket av senere retting.

I det opprinnelige utkastet til bustadoppføringsloven var det lagt inn et ytterligere ledd i bestemmelsen om reklamasjon, jf. utkastets § 3-5 (2): ”Svarar entreprenøren for mangel

³³ Monsen (2010) s. 162 og Marthinussen (2010) s. 614

³⁴ Jf. NS 8405 pkt. 36.7 (3. ledd). Denne regelen fantes også i første utgaven av NS 8405 av 2004, samme pkt.

³⁵ Se til forskjell NS 3431 (2. utg. av 1994), pkt. 37.8

som oppstår etter overtakinga, jf § 3-3, skal femårsfristen i første ledd andre punktum reknast frå det tidspunktet da mangelen oppstod.”³⁶

I kommentarene til utkastet nevnes at bestemmelsen var ment å regulere blant annet situasjonen ved mislykkede rettingsarbeider. Deretter fremkommer det at ”dersom rettinga er mislykka, er den opphavlege mangelen framleis til stades, og den første reklamasjonen gjeld.”³⁷ Uttalelsen synes å forutsette at reklamasjonen avbryter femårsfristen for vedkommende mangel en gang for alle, såfremt senere mangler kan knyttes til en tidligere mislykket retting. For reklamerte mangler skulle det dermed ikke løpe noen femårsfrist overhodet, reklamasjonen avbryter fristen for all fremtid.

I den etterfølgende behandling i justisdepartementet ble bestemmelsen fra utkastet fjernet. Departementet gikk imot utvalgets begrunnelse om at mislykket retting generelt starter en ny reklamasjonsfrist. De fulgte heller ikke opp synspunktet om at reklamasjonen avbryter fristen en gang for alle. Departementet åpnet i stedet for at det skal løpe en ny femårsfrist fra retting uavhengig av om denne var mislykket, dog begrenset til der ”rettinga gjeld vesentlege delar av arbeidet eller gjeld ein større avgrensa del av arbeidet. I slike tilfelle må ein utan særskilt lovregulering leggje til grunn at det startar ein ny frist”.³⁸

Forarbeidene åpner for forskjellige løsninger hvorav ingen av dem direkte følger av lovens ordlyd. Etter tradisjonell rettskildelære skal odelstingsproposisjoner ved motstrid generelt vektes tyngre enn de offentlige utredninger. I dette tilfelle er dessuten utredningen fire år eldre enn proposisjonen og kommentarene knytter seg til en lovbestemmelse ikke ble inntatt i den endelige lovteksten. Dette taler for at uttalelsene i odelstingsproposisjonen bør vektes tyngre.

Proposisjonens løsning samsvarer videre med reguleringen på beslektede rettsområder. I forarbeidene til håndverkertjenestelova som det er vist til i bustadoppføringslovas forarbeider uttales følgende: ”Gjelder rettingen vesentlige deler av tjenesten, slik at

³⁶ NOU 1992:9 s. 112

³⁷ NOU 1992:9 s. 77

³⁸ Ot.prp. nr. 21 (1996-1997) s. 65

rettingen naturlig må ses som en ny ytelse, løper en ny frist for hele tjenesten fra rettingen er avsluttet. Ellers vil fristen fra avslutningen av den opprinnelige tjenesten måtte gjelde”.³⁹ I samme avsnitt vises forøvrig til kjøpslovproposisjonen der den samme løsningen er lagt til grunn.⁴⁰ Tilsvarende er lagt til grunn ved tolkningen av forbrukerkjøpsloven⁴¹ § 27 annet ledd, siden lovgiver ved vedtakelsen av denne ikke sikte på en realitetsendring på dette punktet.⁴²

Det kan etter dette se ut til at det er dannet en fast løsning i øvrig kontraktslovgivning om at en ny reklamasjonsfrist ved utbedring vil løpe dersom det foretas utbedring på ”vesentlige deler av arbeidet”.

Interessant i denne forbindelse er også en nylig avsagt avgjørelse i Boligtvistnemda, sak 584/2011.⁴³ Et spørsmål i saken var nettopp om det gjaldt en ny reklamasjonsfrist ved mislykkede utbedringsarbeider, her for lekkasjer i taket. Nemnda uttalte at det kan argumenteres for at ”når det først er reklamert på en feil, er den absolutte fristen på fem år endelig avbrutt for så vidt gjelder dette forholdet. Skulle reparasjonen av denne feilen derfor vise seg å være mislykket, gjelder ingen absolutt frist for en ny klage. (Det vil si at det kan tenkes å gjelde en gunstigere ordning for forbrukeren enn det som antydes i forarbeidene.)”. Det kan dermed synes som om nemnda ville åpne for at en reklamasjon burde få fremtidig fristavbrytende virkning, altså i tråd med den løsning som først ble skissert i NOU 1992:9 (gjengitt overfor). Nemnda valgte likevel å legge til grunn at avgjørende etter gjeldende rett måtte være at det løper en ny femårsfrist hvis vesentlighetsvilkåret er oppfylt - da dette var løsningen i ”en rekke lover”. Uten nærmere drøftelse av hva som ligger i ”vesentlig eller større avgrensede deler” slo nemnda fast at det utbedrede taket skulle gjelde en utvidet reklamasjonsfrist.

De gjennomgåtte rettskilder må antas å gi tilstrekkelig grunnlag for at det gjelder en slik regel. For rettingsarbeider etter bustadoppføringslova skal det løpe en ny femårsfrist, dog begrenset til der denne gjelder ”vesentlige eller større avgrensede deler” av boligen.

³⁹ Ot.prp. nr. 21 (1996-1997) s. 65 med henvisning til Ot.prp. nr. 29 (1988-1989) s. 87

⁴⁰ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 81

⁴¹ Lov om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven) av 21. juni 2002 nr. 34 (forkortet ”fkjl”)

⁴² Monsen (2010) s. 159

⁴³ Boligtvistnemda, sak 584/2011 - http://boligtvistnemnda.no/avgj_relser/

Det fremgår ikke klart når en eventuell ny frist i disse tilfellene skal ta til å løpe. I forarbeidene til håndverkertjenestelova er det nevnt at den nye frist skal løpe fra *avslutningen* av rettingsarbeidene.⁴⁴ Dette vil være et naturlig skjæringspunkt som bør legges til grunn også ved beregningen av den nye friststart etter bustadoppføringsloven.

3.4.2 Ny femårsfrist for hele tjenesten

Kvaliteten på det opprinnelige rettingsarbeidet er altså ikke avgjørende for om det løper en ny frist - er det foretatt (vesentlig) rettingsarbeid løper automatisk en ny frist.

Vurderingen blir i stedet hvilke nærmere deler av bygget den nye fristen omfatter.

Problemstillingen dukker opp både i forhold til NS 8407 og bustadoppføringslova. Et første spørsmål er hvorvidt det etter bustadoppføringslova skal løpe en ny frist for "hele tjenesten" slik det er forutsatt i forarbeidene til kjøpsloven og håndverkertjenestelova.⁴⁵

Synspunktet i forarbeidene er at når rettingen utgjør en vesentlig del av tjenesten må dette likestilles med "en ny ytelse" - dermed løper den nye frist for hele

kontraktsytelsen.⁴⁶ Dette er ikke gjentatt i forarbeidene til bustadoppføringslova.⁴⁷ På den annen side nevnes det ikke noe om hva den nye fristen skal gjelde, foruten en henvisning til forarbeidende i hvtjl. Det fremstår uklart om dette skal leses som om fristutsettelsen også etter bustadoppføringsloven skal gjelde hele boligen.

Synspunktet om å likestille vesentlig utbedring med omlevering synes ikke å passe like godt ved oppføring av bolig som ved mindre kjøp og tjenester. Ved boliger ville det innebære en betydelig utvidelse av femårsfristen dersom hele boligen skulle gis en ny frist ved utbedringer. Det er ikke nødvendigvis slik at retting av en vesentlig del av boligen kan sammenliknes med omlevering. Dette kan selvfølgelig tenkes, der for eksempel boligen må rives og gjenoppføres pga. vesentlige konstruksjonssvikt, og da vil vel reklamasjonsfristen gjelde på ny for hele boligen. I andre tilfeller kan derimot fremstå som helt urimelig at den utsatte reklamasjon skal gjelde hele boligen.

⁴⁴ Ot.prp. nr. 29 (1988-1989) s 87

⁴⁵ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 81 og Ot.prp. nr. 29 (1988-1989) s. 87

⁴⁶ Denne fortolkning av forarbeidene til håndverkertjenesteloven også i Monsen (2010) s. 159 som skriver at lovgiver "bygget på et synspunkt om at det ved omlevering og utskifting av vesentlige komponenter i realiteten er tale om en ny kontraktsytelse"

⁴⁷ Ot.prp. nr. 21 (1996-1997) s. 65

En viktig innvending mot å tolke regelen slik er dessuten at det i bustadoppføringslova foreslås et alternativt vilkår for ny femårsfrist der rettingen gjelder ”en større avgrenset del”. Det vil for disse tilfellene ikke nødvendigvis være en rimelig proporsjonalitet mellom størrelsen på det som skal utbedres og hele boligen. Dette alternativ gjenfinnes ikke i de øvrige forarbeider. Den rene henvisning til de øvrige forarbeider bør etter derfor ikke tillegges for mye vekt.

Spørsmålet ble indirekte belyst i den nevnte avgjørelse fra boligtvistnemda, sak 584/2011.⁴⁸ Etter å ha gjennomgått reglene for ny reklamasjonsfrist slik de fremgår av forarbeidene konkluderte nemnda med at det gjaldt en ny frist: ”for så vidt gjelder reparasjonene på taket”.⁴⁹ Nemnda kom til at vesentlighetsvilkåret etter bustadoppføringslova var oppfylt og hadde dermed anledning til å påpeke det dersom de mente den nye reklamasjonsfristen skulle gjelde hele boligen. Avgjørelsen kan vel til en viss grad tas til inntekt for at det kun er den *utbedrede del* av boligen som gis en ny forlenget reklamasjonsfrist.

På bakgrunn av de gjennomgåtte kilder synes den mest nærliggende konklusjon å være at det ved rettingsarbeider etter bustadoppføringslova ikke gjelder noen ny femårsfrist for hele boligen. Forlengelsen av dette blir at det bare løper en ny frist for den utbedrede del. Regelen samsvarer med den NS 8407 pkt. 42.2.2 (3) hvor reklamasjonsfristen utsettes for den ”vedkommende del” av bygget som det ”er foretatt utbedringsarbeider på”.

3.4.3 Vurderingen av om rettingen gjelder ”vesentlig eller større avgrenset del”

Forarbeidene gir ingen nærmere angivelse av hva som skal til før et utbedringsarbeid gjelder en ”vesentlig eller større avgrenset del av arbeidet”. Noen tydelig avklaring av hva som ligger i dette kan heller ikke utledes av foreliggende rettspraksis. Dette kan

⁴⁸ Boligtvistnemda, sak 584/2011

⁴⁹ Det var riktignok ikke anført fra partene at reklamasjonen skulle gjelde hele boligen. Partenes anførsler hang imidlertid sammen med at det anførte rettslige grunnlag var en påstått avtale om forlenget reklamasjon. Nemnda løste likevel saken etter bustadoppføringslova

skyldes at bustadoppføringsloven er relativt ny og at problemstillingen bare vil komme på spissen der det er gått mer enn fem år fra overtakelsen. I det følgende skal det pekes på enkelte momenter som antas å kunne tillegges relevans i denne vurderingen.

Vesentlighetsvurderinger er velkjent fra kontraktslovgivningen. Forarbeidene til kjøpsloven trekker opp en del momenter som siden er blitt fulgt opp ved anvendelsen av vesentlighetsvilkåret i nyere kontraktslover.⁵⁰ Disse gjelder imidlertid spørsmålet om en mangel eller forsinkelse utgjør et *vesentlig kontraktsbrudd*, og passer ikke like godt på vurderingen av hvorvidt rettingsarbeider gjelder en *vesentlig del*.

Et moment i fra hevingsvurderingene kan det være imidlertid naturlig å se hen til, nemlig *omfanget av mangelen* (her utbedringen). Omfanget av rettingen kan vurderes både absolutt sett og relativt sett i forhold til hele boligen. En relativ vurdering av vesentlighetsvilkåret ble foretatt i dommen inntatt i Rt. 2010 s. 103. Her nevnte Høyesterett (se avsnitt 49) at dersom rettingskostnader ligger i øvre sjikt av spennet mellom tre og seks prosent av den totale kjøpesum vil dette som et utgangspunkt tilfredsstille vesentlighetskravet i avhl. § 3-9. Uttalelsen gjaldt riktignok heving, en langt mer dramatisk konsekvens for selger enn at reklamasjonsfristen utsettes, og etter avhl. §3-9 skal det uttrykkelig vektlegges hva kjøper kunne forvente ut fra ”kjøpesummen”. Uttalelsene og prosentangivelsene i dommen, som forøvrig fremkom i et obiter dictum, har følgelig ingen direkte overføringsverdi på inneværende problemstilling. Dette fratar imidlertid ikke uttalelsene fra å gi anvisning på en retts teknisk god løsning. Kostnadene ved rettingen og boligens kjøpesum er konkrete tall som enkelt kan sammenstilles, og taler for at rettingskostnadene kan anses relevante i vurderingen av om det skal løpe en ny femårsfrist fra rettingen.

Formuleringene i forarbeidene kan nok også tolkes slik at det er *størrelsen* på den del som er rettet som må utgjøre en vesentlig del, jf. ”vesentlig del av arbeidet”. ”Arbeidet” er her oppføringen av boligen, og formuleringen synes å peke på at rettingen må gjelde en ”vesentlig del” av boligen. En mangel i en mindre del, f.eks. sluket på badet, kan medføre omfattende rettingskostnader uten at en derved kan si at sluket på badet utgjør

⁵⁰ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 70

en størrelsesmessig vesentlig del av boligen. I den grad størrelsen skal anses relevant kan ikke rettingskostnadene alene få avgjørende betydning.

Et moment som ofte vektlegges i vesentlighetsvurderingene etter kontraktslovgivningen er ”mangelens betydning” for kjøper.⁵¹ Det er mulig at også dette kan utgjøre et relevant moment også i reklamasjonsfristvurderingen. Mangelens betydning kan nok være en del av begrunnelsen for at kjøper bør tilkjennes en forlenget reklamasjonsfrist. Som et motstykke til mangelens betydning for kjøper står de negative konsekvensene misligholdsbeføyelsen vil få selger.⁵² I den grad dette kan anses relevant i en slik vurdering bør det tas med i vurderingen at konsekvensen ikke på langt nær er like dramatisk som heving når det her bare er tale om en utsatt reklamasjonstid. Dette bør kanskje tilsi at vesentlighetskravet i denne sammenheng ikke settes for høyt.

De momenter som her er trukket frem er bare anvisninger på momenter som muligens vil være relevante i vurderingen. Uten nærmere holdepunkter vil det være vanskelig å spekulere noe videre i hvilke nærmere momenter som vil bli avgjørende.

Forarbeidene nevner heller ikke noe om hva som ligger i ”større avgrenset del”. Dette alternativet fremgår heller ikke av de øvrige forarbeidene det vises til som bare taler om ”vesentlig” retting.⁵³ Språklig sett favner ”større avgrenset del” videre enn vesentlighetsvilkåret og det kan derfor være grunn til å anta at lovgiver ved bustadoppføringslova ønsket en viss utvidelse i adgangen til utsatt reklamasjonsfrist. Må det for eksempel foretas omfattende reparasjoner i et tilbygg er dette ikke nødvendigvis en vesentlig del, men tilbygget vil nok likevel måtte anses som en ”større avgrenset del”.

⁵¹ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 70

⁵² l.c.

⁵³ Ot.prp. nr. 29 (1988-1989) s. 87 og Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 81

3.4.4 Hva som omfattes av den utsatte reklamasjonsfrist ved utbedringsarbeider

Verken for bustadoppføringslova eller NS 8407 løper det altså noen ny frist for *hele* kontraktsytelsen. Spørsmålet om hvorvidt en ”ny” mangel er omfattet av den tidligere utbedring kan derfor komme på spissen etter i begge kontraktsforholdene. Svaret vil nok i første rekke måtte bero på en konkret vurdering av om mangelen har oppstått i tilstrekkelig nær sammenheng med noe som tidligere er utbedret. Ofte vil det vel heller ikke være tvil om en mangel står i tilknytning til en tidligere utbedring eller ikke, men undertiden kan det oppstå grensetilfeller. Skal for eksempel en lekkasje i taket kunne gjøres gjeldende i en utsatt reklamasjonsperiode dersom bare tilstøtende deler av taket har vært utbedret tidligere?

Angivelse av det opprinnelige problemet i kommunikasjon mellom partene vil være et nyttig tolkningsbidrag til å fastsette hva som ble utbedret.⁵⁴ Ettersom mangelen vil kunne oppstå flere år etter utbedringen vil dessuten det som fremgår av skriftlige reklamasjoner kunne utgjøre det eneste bevis på hva som opprinnelig ble utbedret. Selv der det er rimelig klart ut fra reklamasjonen hva som var det opprinnelige problem er det ikke gitt at det fremstår like opplagt om den ”nye” mangelen har oppstått i tilknytning til det som ble utbedret.

Spørsmålet om hva som omfattes av utbedringen blir altså langt på vei et tolkningsspørsmål om rekkevidden av den opprinnelige reklamasjonen. Dette er problemstillinger som vil behandles mer inngående senere i oppgaven. Ved avgjørelsen av reklamasjonens omfang er et spørsmål om problembeskrivelsen i reklamasjonen bare omfatter ”symptomene” eller også selve ”sykdommen”. Uten å foregripe nevnes at en reklamasjon trolig kan omfatte mer enn det den uttrykkelig nevner. For en nærmere vurdering av denne problemstillingen vises til drøftelsen i oppgavens pkt. 6.2.

⁵⁴ Kaasen (2006) s. 569 presiserer at ”utgangspunktet må være den beskrivelse selskapet har gitt i den reklamasjon som dannet grunnlaget for utbedringen”.

3.4.5 Ny reklamasjonsfrist ved rettingsarbeid etter bustadoppføringslova – en god regel?

Forarbeidene til bustadoppføringslova åpner for en ny femårsfrist dersom rettingsarbeider omfatter en ”vesentlig del av arbeidet” eller en ”større avgrensa del” av dette. Det kan innvendes at en fristutvidelse som kommer forbruker til gunst ikke bør være betinget av at utbedringen er omfattende, når en tilsvarende begrensning ikke gjelder for den profesjonelle byggherre etter NS8407. På den annen side vil byggherrens reklamasjonsfrist i slike tilfeller bare utvides til maksimalt seks år, en begrensning som ikke gjenfinnes i forarbeidene.

Hva som skal til for at det opprinnelige rettingsarbeid gjelder en ”vesentlig eller større avgrenset del” av boligen fremstår heller ikke klart. Forarbeidene gir anvisning på en skjønnsmessig og juridisk vurdering, hvilket i seg selv vil kunne gi opphav til tvister og uenighet. På den annen side trer denne vurderingen i stedet for en vurdering av kvaliteten på utbedringsarbeidene. En forutsetning om mislykket retting for utsatt femårsfrist ble avvist i forarbeidene.⁵⁵ En retts teknisk fordel er dermed at det ved vesentlig utbedring automatisk løper en ny frist. Partene unngår den bevismessige utfordring ved å mange år etter utbedringen skulle bevise/motbevise at mangelen som har dukket opp skyldes kvaliteten på det opprinnelige rettingsforsøk.

Det som fremstår mer uheldig er at retten til og vilkårene for forlenget reklamasjonsfrist ikke fremkommer av lovteksten, slik den gjør etter NS 8407. Ordlyden i bufl. § 30 gir inntrykk av at kravet er tapt i alle tilfeller der det er gått fem år etter overtakelsen. Dersom retten til forlenget reklamasjonsfrist inntas i lovteksten kan dette forhindre at forbrukere lider unødig rettstap.

3.6 Ny femårsfrist der utbedringen fører til nye skader

Hovedregelen etter bufl. §30 er at femårsfristen løper fra overtakelse. Forarbeidene til bustadoppføringslova nevner imidlertid at det også skal gjelde en utsatt friststart for de mangler som oppstår *som følge av* rettingen. Fra utvalgets side legges til grunn at

⁵⁵ Ot.prp. nr. 21 (1996-1997) s. 65

”oppstår det nye manglar ved rettinga, må lengstefristen reknast frå tidspunktet da mangelen oppstod, dvs. i praksis frå utføringa av rettingsarbeidet”.⁵⁶ Synspunktet blir fulgt opp i departementet som gjør unntak fra friststart der ”entreprenøren i samband med rettinga er årsak til ytterlegare skade”.⁵⁷

Det kommer ikke helt klart frem av utsagnene hva som ligger i denne utvidelsen. Når det foretas retting følger jo en ny femårsperiode automatisk for denne del, jf. drøftelsen i pkt. 3.3 overfor. Regelen vil derimot få selvstendig betydning dersom rettingsarbeidet *ikke* gjelder en ”vesentlig eller større avgrenset del”. Og der rettingsarbeidene medfører skader på andre deler av bygget enn det som utbedres vil denne regelen kunne anvendes. I disse tilfellene skal det altså likevel løpe en ny femårsfrist der rettingen forårsaker skade.

I NS 8407 oppstilles ingen slik regel. Avgjørende etter ordlyden i pkt. 42.2.2 (3. ledd) er i utgangspunktet om mangelen etter utbedringen forekommer i *vedkommende* utbedret del. Dog vil det ved mangler som skyldes entreprenørens *grove uaktsomhet* ikke gjelde noen reklamasjonsfrist overhodet, jf. pkt. 42.2.3.⁵⁸ Det strenge profesjonsansvaret som gjelder mellom partene medfører et større krav til aktsomhet i utførelsen. Dersom totalentreprenøren i forbindelse med utbedringen skader andre deler av bygget enn det utbedringen gjelder kan det derfor fort tenkes at et slikt ansvar kan statueres. Slik sett blir det i realiteten liten forskjell mellom regelsettene her. Den største risiko for skade ved utbedringsarbeider vil nok uansett knytte seg til den del av bygget som faktisk utbedres. En annen sak er at byggherren vil kunne ha krav på *erstatning* for skadene etter reglene i pkt. 42.3.2 og 42.5. Her er det imidlertid reklamasjonsfristene vi har for øyet.

3.7 Ny femårsfrist ved utsatt utførelse

Etter NS 8407 pkt. 42.2.2 tredje ledd løper femårsfristen for de arbeider som skal utføres *etter overtakelsen* først ”fra utførelsen av vedkommende del”. Bestemmelsen

⁵⁶ NOU 1992:9 s. 112

⁵⁷ Ot.prp. nr. 21 (1996-1997) s. 64

⁵⁸ Se oppgavens pkt. 7.1 om grov uaktsomhet.

kan ses som en forlengelse av regelen om delovertakelse, hvor reklamasjonsfristen løper fra delovertakelsen, jf. NS 8407 pkt. 37.5 (4. ledd). Ved utsatt utførelse løper reklamasjonsfristen for det utsatte arbeid fra utførelsen, selv der det ikke er avtalt noen delovertakelse. Regelen gjelder imidlertid bare der partene er *enige* om en utsettelse av enkelte arbeider til etter overtakelsen.⁵⁹

At bestemmelsen forutsetter enighet fremkommer ikke i avtaleteksten i pkt. 42.2.2, men følger av sammenhengen i regelverket. Der utsatt utførelse *ikke er avtalt* vil et ufullført arbeid kunne gi byggherren grunnlag for å nekte overtakelse og dermed løper heller ikke reklamasjonsfristen, jf. NS 8407 pkt.37.3 (2. ledd). Og gjenstår mindre arbeider ved overtakelsen vil dette kunne innebære at det foreligger en mangel som byggherren normalt kan kreve utbedret. I slike tilfeller løper jo ingen femårsfrist før fullføringen av utbedringen, jf. pkt. 42.2.2 (annet ledd). I atter andre tilfeller kan gjenstående arbeider utgjøre en forsinkelse, men her vil dagmulktregelen medføre at byggherre er godt stilt selv uten forlenget reklamasjonsfrist.⁶⁰ Utsatt reklamasjonsfrist etter 42.2.2 tredje ledd får derfor først selvstendig betydning i de tilfellene der partene blir *enige* om en slik utsatt utførelse.

En særskilt avtale om utsatte arbeider vil uansett gå foran standardavtalen, jf. prioritetsbestemmelsen i NS 8407 pkt. 2.1 og pkt. 2.2 (2. ledd, 2. pkt.) om etterfølgende avtaler. Umiddelbart kan dermed bestemmelsen virke overflødig. Poenget er imidlertid at en utsatt utførelse automatisk medfører en ny femårsfrist, selv om *dette* ikke følger av avtalen/enigheten.⁶¹ Utsatt utførelse vil være hensiktsmessig der visse deler av kontraktsgjenstanden av praktiske årsaker bare kan utføres deler av året, eksempelvis utendørsarbeider. Fristen løper fra og med befaringstidspunktet for disse, eller når entreprenøren har ferdigstilt arbeidet.⁶²

Bustadoppføringslova har ingen uttrykkelig bestemmelse om reklamasjonsfrister for de deler som skal utføres etter overtakelse. Der intet er avtalt om reklamasjonsfristen for

⁵⁹ Marthinussen (2010) s. 615.

⁶⁰ En nærmere beskrivelse av skillet mangler/forsinkelse foretas ikke, da dette faller utenfor oppgavens rammer.

⁶¹ En annen sak er at partene selvfølgelig kan avtale særskilt at det *ikke* skal løpe noen ny frist.

⁶² Marthinussen (2010) s. 615

de utsatte arbeider fører hovedregelen i utgangspunktet til at reklamasjonsfristene i utgangspunktet ”tek til” ved overtakelsen, jf. bufl. §14 (3. ledd, b), jf. § 30.

Det kan imidlertid være at en enighet om delvis utsettelse undertiden må tolkes som en avtale om ”delovertakelse”. I alle fall bør dette gjelde der partene selv uttrykkelig har omtalt utsettelsen som en ”delovertakelse”. Dersom forbrukeren selv ønsker en slik ordning kan dette heller ikke anses i strid med prinsippet i bufl. §3. Adgangen til å avtale delovertakelse følger da direkte av avtalefriheten. Dette innebærer at også der betegnelsen ”delovertakelse” ikke er brukt kan avtalen undertiden tolkes slik. Et særskilt moment vil, foruten de alminnelige avtalerettslige tolkningsprinsipper, være å se hen til hvor stor del av utførelsen som skal utsettes til senere, både absolutt og relativt sett i forhold til det som allerede er overtatt. På den annen side er ikke ordningen med delovertakelse nevnt i loven, og delovertakelse innebærer flere andre rettsvirkninger, se f.eks. NS 8407 pkt. 37.5. Det bør derfor kreves ganske klare holdepunkter før en kan tolke utsettelsen som en delovertakelse. Dersom en først kommer til at partene har avtalt delovertakelse må løsningen bli at også reklamasjonsfristens utgangspunkt for denne del utsettes. Dette er rettsvirkningen av delovertakelse etter entrepriseretten ellers, jf. bl.a. NS 8407 pkt. 37.5 (4. ledd). Bustadoppføringslova skal ivareta hensynet til forbrukeren, og løsningen bør bli like gunstig for forbrukeren som for den profesjonelle byggherre når partene først har avtalt delovertakelse.

Dersom deler av arbeidet først skal overtas senere og dette ikke naturlig kan tolkes som en delovertakelse må en utsatt reklamasjonsfrist i så fall hjemles i bufl. §30 (1. ledd, 3. pkt.). Bestemmelsen åpner for at byggherre kan ”ha teke på seg å svare for manglar i lengre tid”. En avtale om utsettelse kunne muligens ses på som en presumpsjon for at byggherren har tatt på seg slik lenger reklamasjonstid. Ordlyden og forarbeidene trekker imidlertid i retning av at det må være avtalt noe uttrykkelig om reklamasjonsfristene dersom unntaket skal gjelde.⁶³ En ren enighet om at enkelte deler først skal overtas senere kan uten ytterligere holdepunkter ikke gis denne rettsvirkningen. Dersom intet er avtalt vil reklamasjonsfristen for en utsatt utførelse ellers følge hovedregelen i § 30.

⁶³ NOU 1992:9 s. 77

Reklamasjonsfristen løper dermed fra den opprinnelige overtakelsen. Her er det altså et skille mellom bustadoppføringslovas ordning og NS 8407 pkt. 42.2.2 (tredje ledd), hvor bare sistnevnte medfører en automatisk utsatt reklamasjonsfrist for utsatte arbeidere.

3.8 Oppsummering

Den absolutte reklamasjonsfrist begynner å løpe ”etter overtakelse”, jf. bufl. §30 (1. ledd, 2. pkt.) og NS 8407 pkt. 42.2.2 (2. ledd). Ved overtakelsesforretning regnes friststart fra og med dagen for overtakelsesforretningens avslutning og fem år fremover. Fristen avbrytes ved datoen for forsvarlig avsendelse av reklamasjon.

Der det foretas utbedring/retting vil det etter NS 8407 pkt. 42.2.2 (3. ledd) løpe en ny femårsfrist for de deler som omfattes av arbeidet. Etter bustadoppføringslova vil dette være avhengig av at det gjelder en ”vesentlig” eller en ”større avgrensa del” av boligen. Etter NS 8407 løper en ny femårsfrist automatisk for de ”vedkommende” deler som er utbedret, men begrenset til ett år utover den opprinnelige frist.

For forbrukeren løper det videre en ny femårsfrist der selger ”i samband med rettinga er årsak til ytterlegare skade”. Avgjørende etter NS 8407 vil i slike tilfelle være hvorvidt disse oppstod i ”vedkommende del” som ble utbedret, jf. pkt. 42.2.2.

Dersom byggherren og totalentreprenør har avtalt at deler av arbeidet skal utføres etter overtakelse, løper reklamasjonsfristen først fra utførelsen av denne, jf. NS 8407 42.2.2 (3. ledd). Noen tilsvarende regel gjelder ikke etter bustadoppføringslova, men utsatt utførelse kan avtales som en særskilt delovertakelse, med tilsvarende utskutt reklamasjonsperiode. Partene har dessuten adgang til å avtale utvidet reklamasjonsfrist, jf. bufl. §30 (1. ledd, 3 pkt.)

Som det fremgår er det store likheter i reglene om den absolutte reklamasjonsfrist etter NS 8407 og etter bustadoppføringslova. Reguleringen er imidlertid ikke fullstendig samsvarende, og forskjellene i reklamasjonsfristene kan undertiden få konsekvenser for trepartsforholdet – se like under.

4. Den absolutte reklamasjonsfrist ved videresalg

4.1 Fristen utløper på forskjellige tidspunkter

Etter både NS 8407 og bustadoppføringsloven er den absolutte reklamasjonsfrist lengde nå satt til fem år. I utgangspunktet ser det ut til at byggherren kan være trygg på at hans ”garantitid” overfor forbruker ikke rekker lengre enn den han selv har overfor totalentreprenør. Fra dette utgangspunkt må det imidlertid gjøres en rekke presiseringer.

Oppsummeringen i pkt. 3.8 overfor viser for det første at det finnes forskjeller i regelverkene. Et eksempel er den utvidede reklamasjonsperiode ved utbedringsarbeider. For byggherren er denne begrenset til ett år utover den opprinnelige frist, mens en tilsvarende begrensning ikke vil gjelde forbrukerens krav etter bustadoppføringslova. Dersom totalentreprenøren har foretatt retting av mangler i forbrukerens bolig kan forbrukeren dermed ha i behold krav mot byggherre selv etter at byggherrens egen reklamasjonsfrist overfor totalentreprenøren er oversittet.

Svært mange av de totalentreprisekontrakter som skal oppfylles i de kommende år vil dessuten være inngått etter den tidligere totalentprisestandard NS 3431.

NS 8407 trådte i kraft 1. juli 2011 og er i skrivende stund knapt tatt i bruk av aktørene. For fremtidige kontraktsforhold er det heller ikke sikkert at profesjonelle aktører umiddelbart vil ta i bruk den nye standard. Etter NS 3431 pkt. 37.8 (2) er den absolutte reklamasjonsfrist tre år. I tilfellene med videresalg vil byggherrens reklamasjonsperiode etter NS3431 derfor utløpe i tid før forbrukerens femårsfrist.

Det kan også tenkes tilfeller der byggherrens femårsfrist utløper på et tidligere tidspunkt enn forbrukerens frist. I et vekslende boligmarked er det ikke gitt at byggherren får solgt boligenhetene under oppføring, han står i risiko for å bli sittende med disse i lengre tid etter overtakelsen fra totalentreprenør. I slike tilfeller vil det uten avvikende avtale være avhendingsloven som kommer til anvendelse jf. avhl. § 1-1, men også her gjelder regelen om fem års reklamasjonsfrist, jf. avhl. § 4-19 (2. ledd). I en slik situasjon vil derfor byggherrens absolutte reklamasjonsfrist utløpe før forbrukerens.

Byggherren står altså i risiko for å bli sittende med mangelskrav imot seg uten anledning til å bringe kravet videre som følge av reklamasjonsfristene. Det er ikke sikkert at dette nødvendigvis vil innebære urimelige løsninger. Totalentreprenøren har behov for, og etter avtalen rett til, å anse seg ”ferdig” med forpliktelsene innen faste tidsrammer etter levering. Byggherren på sin side har bevisst tatt den risiko som er knyttet til boligoppføring for videresalg.

Som vi skal se på i det følgende vil imidlertid forbrukerens direktekravsadgang få innvirkning på disse utgangspunkter.

4.2 Den absolutte reklamasjonsfrist ved direktekrav

Et av hovedargumentene for utbedring som den primære mangelsbepåelse, jf. bufl. § 32 og NS 8407 pkt. 42.3.1, er at dette som regel tilfredsstiller begge parter behov der en mangel er oppstått. For forbrukeren vil det være enkelt å forholde seg til den part han har inngått avtale med og som han vet har arbeidet på stedet. For entreprenøren er det som regel enklere, raskere og rimeligere å forestå rettingsarbeidene selv. Han har de redskaper, ressurser og den kjennskap til bygget som trengs for å utbedre mangelen raskt og enkelt.⁶⁴ I situasjonen der selgeren av eiendommen ikke selv stod for oppføringen vil derimot situasjonen være annerledes. Selgeren vil ikke inneha den kunnskap og erfaring som trengs for å utføre arbeidet. Byggherren kan selvsagt ha et eget krav om utbedring i behold og kreve arbeidet rettet av sin totalentreprenør. Bustadoppføringslova går imidlertid lenger enn dette og stiller i bufl. § 37 opp en rett for forbrukeren til å gå direkte på totalentreprenøren. Bustadoppføringslovas regel om direktekrav kommer til anvendelse også der boligen er solgt etter avhendingslova, jf. avhl. § 4-16 (3. ledd) slik at fremstillingen her gjelder tilsvarende for boliger solgt etter selgers overtakelse.⁶⁵

Bufl. §37 første ledd regulerer den alminnelige direktekravssituasjon:

⁶⁴ Lilleholt (2001) s. 145 og Marthinussen (2010) s. 589

⁶⁵ Henvisningen til bustadoppføringslova i avhl. §4-16 gjelder bare dersom boligen ikke er ”brukt som bustad” i mer enn et år. Der bygget er oppført for videresalg vil dette likevel være normalsituasjonen.

”Forbrukeren kan gjøre sitt krav som følge av mangel gjeldende mot en tidlegare avtalepart som har gjort avtalen som ledd i næringsverksemd, i samme mon som mangelen kan gjerast gjeldende av entreprenøren eller annan avtalepart.”

Forbrukeren kan gjøre ”sitt krav” etter loven, gjeldende mot totalentreprenør i den grad byggherren selv kan gjøre gjeldende et slikt krav (etter eksempelvis NS 8407). Retten til å gå direkte på totalentreprenøren er altså begrenset i to ledd, både forbrukeren og byggherren må ha rett til å gjøre dette kravet gjeldende etter sine avtaler. Ved krav som følge av mangler må det derfor foretas to mangelsvurderinger, både etter entreprisestandarden og etter bustadoppføringslova. Videre må det krav som fremsettes være hjemlet som en mangelsbeføyelse etter begge regelsett. Dette er i tråd med den klassiske læren om springende regress. Såfremt det foreligger et berettiget krav etter begge kontrakter kan forbrukeren rette beføyelsen direkte mot totalentreprenøren. Dette kan være en fordel der forbrukeren ønsker at utbedring skal skje raskere eller der det ikke ønskes ytterligere kontakt med byggherren, det være seg pga. samarbeidsproblemer eller øvrige grunner. For totalentreprenøren innebærer dette at han må være forberedt på å bli kontaktet av den enkelte forbruker.

Situasjonen kan imidlertid være den at mangelen ikke lenger kan ”gjerast gjeldende” av byggherren som følge av at den absolutte reklamasjonsfrist for hans del er utløpt. Situasjonen er særlig aktuell der det i avtalen mellom byggherre og totalentreprenør gjelder en treårsfrist, jf. NS 3431 pkt. 37.8 (2. ledd). Overfor totalentreprenøren kan ikke mangelen lenger gjøres gjeldende av byggherre og etter den tradisjonelle lære om direktekrav ville direktekravsadgangen dermed være avskåret også for forbrukeren. En kan i utgangspunktet ikke få bedre rett enn det kravet man trer inn i, verken etter subrogasjons- eller springende regressmodellen.

I bustadoppføringsloven er det fra disse utgangspunkter gjort en utvidelse i § 37 (3. ledd). For direktekrav gjelder bestemmelsen ”om reklamasjon i § 30 tilsvarende for tilhøvet mellom forbrukeren og den tidlegare avtaleparten”. Bestemmelsen innebærer at manglende eller oversittet reklamasjonsfrist i det tidligere ledd, dvs. mellom byggherren

og entreprenøren ikke vil ha betydning for forbrukerens krav.⁶⁶ Totalentreprenøren vil ikke bli hørt med at den absolutte reklamasjonsfrist etter hans avtale er utløpt.⁶⁷ Forbrukeren må til gjengjeld reklamere særskilt overfor entreprenøren med de frister som gjelder etter § 30.⁶⁸ Forbrukerens krav vil altså kunne fremmes mot entreprenøren fem år etter forbrukeren overtok boligen fra byggherre.⁶⁹

For totalentreprenøren innebærer regelen et direkte unntak fra den avtale han selv har inngått med byggherren. Et eksempel på hvor vidtrekkende følger dette kan få er ved totalentreprenørs oppføring av en boligblokk etter NS 3431. Dersom det etter tre år viser seg en gjennomgående mangel ved bygget, eksempelvis ved ventilasjonsanlegget, vil likevel totalentreprenøren kunne stilles til ansvar for alle de videresolgte boligenheter som lider av mangelen.

Ved videresalg må derfor entreprenøren være klar over at reklamasjonsfristen i praksis vil kunne bli vesentlig utvidet. For byggherren vil dette innebære den fordel at han *kan* unnsnippe berettigede krav mot seg. Forbrukeren vil nok likevel normalt holde seg til byggherren, i alle fall i første omgang.⁷⁰ Bufl.§37 (siste ledd) regulerer situasjonen dersom forbrukeren velger å holde seg til sin avtalepart; da ”gjeld reklamasjonsfristen i § 30 første ledd andre punktum for videre mangelskrav fra entreprenøren mot den tidlegare avtaleparten”. Direkte skulle dette innebære at dersom forbrukeren velger å holde seg til byggherren tilgodeses også sistnevnte den femårsfrist som følger av loven for videre mangelskrav mot totalentreprenøren. I utgangspunktet kan regelen synes velbegrunnet, byggherren vil ellers sitte med et krav imot seg som ikke kan viderebringes mot den entreprenør som stod for (det mangelfulle) arbeidet. Men bustadoppføringslova gjelder ikke preseptorisk foran forpliktelser som er avtalt mellom byggherre og totalentreprenør. Det følger derfor videre i bestemmelsen: ”dersom ikkje

⁶⁶ Ot.prp. nr. 21 (1996-1997) s. 71

⁶⁷ Forbrukeren kan altså gjøre gjeldende kravet på tross av at kravet er tapt for byggherren. Regelen i bufl. §37 (3. ledd) representerer dermed et unntak fra læren om direktekrav, etter bakgrunnsretten kan man ikke oppnå bedre eller større rett enn det krav man trer inn i.

⁶⁸ Ot.prp. nr. 21 (1996-1997) s. 71

⁶⁹ Lilleholt (2001) s. 169

⁷⁰ Ot.prp. nr. 21 (1996-1997) s. 70

anna følgjer av avtalen mellom entreprenøren og den tidlegare avtaleparten”. Regelen i siste ledd vil dermed bli virkningsløs for den byggherre som har inngått avtale etter de NS 3431. At noe annet følger av avtalen er klart, NS 3431 oppstiller bare en treårig reklamasjonsfrist.

Byggherren og entreprenøren er med andre ord prisgitt forbrukeren i forhold til hvem kravet rettes mot. Regelen kan særlig slå urimelig ut for entreprenøren. I motsetning til byggherren har entreprenøren ikke inngått noen avtale om fem års reklamasjonsfrist fra forbrukerens overtakelse. Ordningen kan føre til at entreprenøren havner i en langt dårligere posisjon enn han strengt tatt har etter sin avtale. Det oppstilles intet vilkår om at kravet ikke kan gjennomføres mot egen kontraktspart eller at kravet er vanskeliggjort pga. insolvens etc.⁷¹

Denne løsningen kan undertiden føre til at forbrukerens valg av hvem han retter kravet mot vil kunne ramme noe tilfeldig. I utvalgets opprinnelige utkast var det derfor foreslått et vilkår om at krav mot entreprenøren først kunne framsettes når tilsvarende krav hadde vært sett fram mot byggherre og dette ikke ble innfridd innen tre måneder.⁷² I den senere odelstingsproposisjonen ble vilkåret fjernet, med den begrunnelse at det ikke fantes noe lignende vilkår i øvrig kontraktslovgivning. ”Departementet er ikkje kjent med at denne ordninga har medført særlege problem. Det praktiske vil vere at forbrukaren, dersom det ikkje er særlege grunnar for noko anna, i første omgang rettar sitt krav mot sin avtalepart”.⁷³ Sammenlikningen med øvrig kontraktslovgivning har nok en del for seg. Det tas imidlertid ikke hensyn til den ulikhet som følger av at forbrukeren etter bustadoppføringslova ikke er begrenset av medkontrahentens reklamasjonsfrist. Bustadoppføringslova gir en ubetinget valgrett til forbrukeren til å kunne gå på hvem han vil i de fem årene, såfremt utbedringsvilkårene ellers er tilfredsstillt etter begge regelverk.

⁷¹ Se til sammenlikning NS 8407 pkt. 43 (1. ledd, 2. pkt.) og NS8405 pkt. 37

⁷² NOU 1992:9 s. 85

⁷³ NOU 1992:9 s. 85

4.3 Regress

Ettersom forbrukerens krav overfor totalentreprenøren ikke er begrenset av byggherrens reklamasjonsfrister vil et direktekrav fra forbrukeren etter bufl. § 37 kunne gå utover hva byggherren ellers kunne gjort gjeldende. Det følger av bufl. § 37 annet ledd at avtale som innskrenker det kravet byggherre eller annen avtalepart har, ikke kan gjøres gjeldende mot forbruker i større grad enn det som kunne ha vært avtalt mellom forbruker og byggherre. Ansvarsfraskrivelser mellom totalentreprenør og byggherre kommer med andre ord ikke til skade for forbrukeren. Samtidig kan loven ikke regulere rettsvirkningene i partsforholdet mellom totalentreprenør og byggherre, disse følger av avtalen. Forbehold om regress som bare gjøres gjeldende i dette partsforholdet vil altså være gyldig. At et slikt forbehold vil stå seg er forøvrig direkte forutsatt i forarbeidene til bustadoppføringslova.⁷⁴ For totalentreprenøren kan det derfor være hensiktsmessig å inntas et forbehold om regress/skadesløsholdelse i kontrakten med byggherre.⁷⁵

I denne forbindelse kan det vurderes om totalentreprenøren selv uten slikt særskilt forbehold kan fremme krav mot byggherren etter den ulovfestede læren om regress. Kravet fra forbrukeren vil jo som nevnt kunne gå utover hva byggherren ellers hadde hatt krav på. En klassisk definisjon av læren er gitt i Rt. 1997 s. 1029: ”det følger av alminnelige rettsgrunnsetninger at den som har dekket en annens forpliktelse, normalt og som utgangspunkt, har et regresskrav i behold. Det er avskjæring av regress som krever særskilt hjemmel”.⁷⁶

Spørsmålet er om totalentreprenøren dekker byggherrens ”forpliktelse” der han må innfri et direktekrav satt frem av forbrukeren etter utløpet av reklamasjonsfristen i standardavtalen. I realiteten vil de krav totalentreprenøren måtte innfri overfor forbrukeren innebære en dekning av det som ellers ville vært byggherrens forpliktelser når byggherrens egen reklamasjonsfrist er ute. En innvending mot regressadgang i disse tilfellene er imidlertid at byggherren neppe står nærmere til å bære følgene av

⁷⁴ Ot.prp. nr. 21 (1996-97) s. 70

⁷⁵ Tørum (2007) s. 613

⁷⁶ Dette synspunktet er riktignok noe modifisert i senere rettsavgjørelser, jf. Rt. 2003 s. 1601.

forbrukerens direktekrav når det *er entreprenøren selv* som har stått for det mangelfulle arbeidet som muliggjorde kravet.

Problemstillingen er behandlet av Tørum som uttaler at B's plikt til å holde A skadesløs ved direktekrav "ikke uten videre kan innfortolkes i A's ansvarsfraskrivelse [eksempelvis en absolutt reklamasjonsfrist] overfor B".⁷⁷ I forbindelse med den utvidede direktekravsadgang som kan følge forbrukerrettigheter konkluderer Tørum med at det "i alle fall" bør kreves særskilt hjemmel for regresskravet der A (totalentreprenøren) var kjent med at sluttkundene (C) er forbrukere og dermed kunne ha preseptoriske direktekravsrettigheter.⁷⁸ Gode grunner kan nok tale for at totalentreprenørens kunnskap omkring videresalget vil være relevant. Et senere direktekrav vil i slike tilfeller være noe totalentreprenøren kunne ha forutsett. Og er totalentreprenøren lite lysten på å havne i en slik situasjon vil han enkelt kunne fraskrive seg kostnadsansvaret ved å innta en klausul om regress overfor byggherren. En innvending mot Tøruns synspunkter er at uavhengig av A's kunnskap om videresalg til forbrukerne vil regresskravet bare vil være en fastholdelse av avtalens regulering. En fast anvendelse av reklamasjonsfristene slik de kommer til uttrykk i den enkelte kontrakt vil dessuten være en mer forutsigbar og retts teknisk heldigere løsning.

Hvorvidt et slikt krav vil kunne føre frem er altså usikkert. For å være på den sikre siden kan derfor være hensiktsmessig for partene å på forhånd avklare om hvem som skal bære de endelige kostnadene knyttet til et slikt direktekrav fra forbrukeren. En mulighet er at totalentreprenøren i avtalen tar uttrykkelig forbehold om regress/skadesløsholdelse ved forbrukerens krav.

4.4 Oppsummering

Det er mange tilfeller som kan føre til at reklamasjonsfristen utløper tidligere for byggherren enn for forbrukeren. Et praktisk eksempel er der reklamasjonsfristens totale lengde er kortere for byggherren, slik som etter NS 3431. Og selv om fristens lengde er

⁷⁷ Tørum (2007) s. 613

⁷⁸ Tørum (2007) s. 614

sammenfallende etter NS 8407 og bustadoppføringslova vil forbrukeren normalt overta boligen på et senere tidspunkt enn overtakelsen mellom byggherre og totalentreprenøren. Øvrige forskjeller i reglene vil dessuten kunne føre til at reklamasjonsfristen for byggherre utløper tidligere enn for forbrukeren.

Forbrukeren kan imidlertid velge å rette sitt mangelskrav mot totalentreprenøren i medhold av bufl. §37, selv etter at byggherrens reklamasjonsfrist er utløpt. Dette vil igjen kunne medføre at totalentreprenøren har et regresskrav overfor byggherren. Tar en utgangspunkt i et krav om utbedring og forutsetter at både direktekravet og regresskravet fører frem kan resultatet bli at totalentreprenøren må stå for selve utbedringsarbeidet, mens byggherren må erstatte totalentreprenørens kostnader ved dette.

5. Øvrige reklamasjonsfrister

5.1 Byggherrens relative reklamasjonsfrist ved videresalg

Både NS 8407 pkt. 42.2.2 (1. ledd) og bufl. §30 (1. ledd) oppstiller en ytterligere frist for mangelsinnsigelser. Det må varsles om mangelen ”innen rimelig tid” etter at realkreditor ”oppdaget eller burde oppdaget” denne, ellers tapes retten til å gjøre mangelen gjeldende. Fristen er derfor *relativ*, tidspunktet den begynner å løpe knyttes til varierende omstendigheter som ikke på forhånd kan tidfestes. Den relative reklamasjonsfrist løper parallelt med, det vil si i tillegg til og uavhengig av, den absolutte femårsfrist. Overholdelse av de relative og absolutte frister er kumulative vilkår for å gjøre en mangel gjeldende. Det vil eksempelvis ikke være nok at mangelen oppdages og reklameres innen rimelig tid deretter dersom femårsfristen i mellomtiden er gått ut.

Begrunnelsen for den relative reklamasjonsfrist er i all hovedsak realdebitors behov for raskt å bli varslet og gjøres klar over problemet.⁷⁹ Et viktig hensyn bak slike varslingsregler er dessuten lojalitetsbetraktninger.⁸⁰ Den part som er nærmest til å finne

⁷⁹ Hagstrøm (2008) s. 339

⁸⁰ Simonsen (1999) s. 325

ut av misligholdet skal varsle den annen part slik at han unngår ytterligere tap. Er det for eksempel fukt eller lekkasjer i boligen kan disse bli langt større om ikke det reageres raskt. Realdebitor gis videre en mulighet gjennom varselet til å få klarlagt om det virkelig foreligger en mangel og til å vurdere hva som eventuelt kan gjøres. Selger vil dessuten kunne ha behov for å bli varslet om problemet slik at han gis anledning til å bringe kravet videre i de tilfellene han selv har bestilt varen/tjenesten fra en annen.⁸¹ Reglene om de relative reklamasjonsfrister er videre et utslag av passivitetsprinsipper, den part som forholder seg taus for lenge lider rettstap som følge av passivitet.

En problemstilling i videresalgstilfellene er om og i tilfelle når byggherren ”burde oppdaget” mangler i en del av bygget han ikke lenger har rådighet over.

Et første spørsmål er om byggherren selv etter videresalget har en aktsomhetsplikt for å oppdage mangler, kan det tenkes at han ”burde oppdage” mangler i leiligheter han ikke lenger har rådigheten over? Kommentartutgaven til NS8405 synes å gå et stykke i denne retning når den uttaler om den relative reklamasjonsfristen: ”Byggherren må dermed ha rutiner for å følge med og registrere mangler ved kontraktarbeidene i hele reklamasjonsperioden. Dette gjelder også der byggherren leier ut bygningen. Byggherren risikerer at reklamasjonsfristen begynner å løpe før han rent faktisk har fått kunnskap om mangelen, i de tilfeller der byggherrens uvitenhet skyldes hans manglende rutiner for å oppdage mangler”.⁸² Det er ikke gitt at dette er så urimelig dersom den manglende rådigheten samtidig kan tillegges betydning reklamasjonsfristens lengde. I dommen LF-2003-1984 ble en reklamasjon på håndverkertjenester fremsatt etter to måneder, riktignok av en forbruker. Her ble det blant vektlagt ”at Løkås leier ut boligen der anlegget er installert og derfor ikke hadde daglig oppfølging av anlegget”.⁸³

Synspunktet om rutiner for å oppdage mangler kan nok ha en del for seg ved utleietilfellene. Det er imidlertid en vesensforskjell mellom å leie ut deler av bygget og

⁸¹ Selvig (2006) s. 252

⁸² Marthinussen (2010) s. 613

⁸³ LF-2003-1984

det å videreselge. Når en eiendomsretten først er gått over vil ikke byggherren selv ha noe behov for å søke etter mangler i bygget.

Et slikt tilfelle kan derimot være der det er avtalt senere synfaring med forbrukeren, jf. bufl. §16. Når byggherren først er pålagt et strengere ansvar for hvilke mangler han "burde oppdage" kan det derfor tenkes at den relative reklamasjonsfristen begynner å løpe for byggherre ved slik synfaring. Et senere krav fra forbrukeren om denne mangelen vil isåfall kunne være rettidig fremsatt, mens fristen overfor totalentreprenøren kan være oversittet. Problemet har imidlertid ikke vært oppe i rettspraksis. Byggherren bør i alle tilfelle ha øynene oppe ved slik synfaring, da han ikke vil være tjent med å "overse" feil i håp om at forbrukeren aldri skal oppdage disse.

Byggherren vil i de fleste tilfeller sjelden kunne vite om eksistensen og fremme noe mangelskrav mot entreprenør før et slikt krav først er rettet mot han. Generelt kan vel hevdes at når forbrukerne alene sitter med både bruks- og eiendomsrett til boligen er det også de, og de alene, som sitter med incentivet til å oppdage manglene i boligen. Gjør de ikke det vil det heller ikke være lett for byggherren å vite om manglende. Det kan ikke være avgjørende når forbrukeren oppdager problemet, da forbrukeren ikke kan identifiseres med byggherrens organisasjon.⁸⁴

Det neste spørsmål knytter seg til de tilfellene der forbrukeren *har* tatt kontakt med byggherren angående problemer ved leiligheten. Har forbrukeren selv fremsatt en reklamasjon overfor byggherre må saken være klar, fra dette tidspunktet vil også byggherrens reklamasjonsfrist overfor totalentreprenør løpe.⁸⁵ Men enkelte situasjoner kan føre til at forbrukeren gir signaler om mangler overfor byggherre uten selv å fremsette noen formell reklamasjon.

Et eksempel er adgangen til å utsette mindre reklamasjoner. Etter bustadoppføringslova er det antatt at forbrukeren til en viss grad kan vente og "samle opp" mindre mangler i en reklamasjon, mens de større mangler bør reklameres raskt.⁸⁶ En tilsvarende rett tilligger ikke byggherren. NS 8407 gir riktignok en rett for entreprenøren til å utbedre

⁸⁴ Kaasen (2006) s.640

⁸⁵ Hagstrøm (2008) s. 341 skriver om varer kjøpt for videresalg at fristen "normalt" vil begynne å løpe ved videresalg når kjøper har mottatt rettidig reklamasjon fra egne kunder.

⁸⁶ NOU 1992:9 s. 76

samlet etter et år, jf. pkt. 42.3.3 (2). Dette vil likevel ikke innebære at byggherren kan vente med reklamasjonene frem til dette i den tro at det ikke har noe å si for totalentreprenøren.⁸⁷ Behovet for rask avklaring er her åpenbart, det er opp til totalentreprenøren å vurdere om det lønner seg (økonomisk, kapasitetsmessig, etc.) for han å utbedre denne mangelen umiddelbart. Denne forskjellen i regelverket kan medføre at forbrukerens relative reklamasjonsfrist ikke har begynt å løpe når han nevner manglene. Dersom forbrukeren uttrykker at han senere vil komme tilbake med en samlet reklamasjon oppstår spørsmålet om dette alene vil kunne gi byggherren en så sterk grad av mistanke at han selv "burde oppdaget" at det forelå en mangel. I så fall vil fristen for byggherrens reklamasjon begynne å løpe. Ettersom byggherren ikke har tilsvarende adgang til å samle opp reklamasjonene kan derfor fristen etter NS 8407 være utløpt når forbrukeren senere fremsetter den formelle reklamasjon.

Det kan også tenkes andre tilfeller der forbrukeren har gitt byggherren grunn til mistanke om mangler uten at det er fremsatt noen formell reklamasjon. Et eksempel er der forbrukeren ønsker å forhøre seg med byggherre om forhold han er usikker på ved boligen. Spørsmålet i alle disse situasjonene blir om forbrukerens generelle henvendelse gjør at byggherren selv "burde oppdaget" mangelen. Svaret vil måtte bero på innholdet i forbrukerens henvendelse. En klar henvendelse fra forbrukeren om mangelfulle forhold vil i utgangspunktet medføre at byggherren "burde oppdage" at det foreligger en mangel ved boligen. Den relative reklamasjonsfrist skal ivareta partenes behov for raske varsler og unngå ytterligere skadeutvikling. Dette tilsier at fristen i slike tilfeller nok kan begynne å løpe allerede fra det tidspunktet byggherren mottar en henvendelsen fra forbruker. Det kan heller ikke kreves at forbrukeren selv "burde oppdaget" mangelen eller at kravene til reklamasjon er oppfylt fra hans side. Byggherren er en profesjonell part som vil ha større foranledning til å forstå hva som normalt skyldes en mangel. Gjør byggherren intet med henvendelsen, står han således i fare for å ha forspilt sine mangelsbeføyelser overfor totalentreprenør samtidig som han selv vil måtte stå til ansvar for mangelen overfor forbrukeren. Byggherren bør derfor unngå å havne i denne situasjonen ved å rette en reklamasjon videre til totalentreprenøren, eller i det minste raskt reagere for å finne ut av hva problemet skyldes.

⁸⁷ Hagstrøm (1996) s. 122

Et eksempel kan hentes fra dommen inntatt i Rt. 2006 s. 1076, der et spørsmål var om reklamasjon overfor underentreprenør var inngitt rettidig. En boligkjøper hadde her reklamert overfor sin utbygger, mens det fra utbyggers side ikke ble reklamert videre før over et halvt år senere. Til sitt forsvar anførte utbygger at det ikke var noen foranledning til å reklamere høsten 2001, fordi man da trodde at fukten skyldtes kondensproblemer, en skadeårsak som underentreprenøren ikke kunne holdes ansvarlig for. På bakgrunn av en skaderapport vedlagt den første reklamasjonen avviste Høyesterett dette og uttaler i dommens avsnitt 90 at boligbygger ”var således ikke ukjent med at innsig av vann utenfra kunne være en medvirkende årsak til fukt i leiligheten.” Dommen er et eksempel på at reklamasjon fra kjøper kan markere friststart for videre reklamasjon. En må imidlertid ta i betraktning at kjøper i dommen selv hadde vedlagt skaderapport som kunne tilsi at mangelen skyldtes underentreprenørens utførelse og dette medvirket at boligbygger burde ha forstått at det forelå en mangel. Dette viser at i det må foretas en konkret vurdering av innholdet i kjøperens henvendelse og omstendighetene rundt mangelen for øvrig.

Enhver vag henvendelse fra forbrukeren kan nok ikke føre til slik friststart for byggherre. Rene *mishagsytringer* fra forbruker er ikke nok til å oppfylle kravet for en reklamasjon, se nedenfor under pkt. 6.1. Av samme grunn bør slike mishagsytringer heller ikke være nok til at byggherrens frist for reklamasjon overfor entreprenøren begynner å løpe. Men her kan det være at byggherrens fagkyndighet kan tilsi at han burde forstått at noe var galt ut fra forbrukerens ytringer. Et eksempel er der forbrukeren henvender seg med egne *mistanker*, her kan det være at byggherren ”burde” oppdaget mangelen. Men selv om henvendelsen skulle medføre at byggherrens frist begynner å løpe kan nok konkretiseringen i henvendelsen fra forbruker få betydning i vurderingen av om byggherren har reklamert ”innen rimelig tid”. I disse tilfeller vil både entreprenør og byggherre være tjent med at byggherren kan foreta rimelige undersøkelser for å avklare om det forekommer problemer og omfanget av disse før han eventuelle fremsetter videre krav.⁸⁸ Det bør gis anledning til å undersøke om problemets *utbredelse* og *opprinnelse* gir grunn til å påberope forholdet, jf. Rt. 1933 s. 1218 på s. 1223. En fullstendig gjennomgang av problemet kan derimot neppe byggherren kreve å

⁸⁸ Marthinussen (2010) s. 613.

foreta før fristen begynner å løpe, all den tid reklamasjonen er ment for å ivareta entreprenørens behov for varsel. En byggherre som ikke foretar seg noe ved forbrukerens vage antydninger om feil og mangler vil derfor lett kunne ha oversett fristen overfor entreprenøren.

5.2 Den relative reklamasjonsfrist for forbrukerens direktekrav

Dersom forbrukeren setter frem krav direkte overfor totalentreprenøren følger det av bufl. §37 (3. ledd) at forutsetningene om reklamasjon i § 30 gjelder tilsvarende. Dette innebærer at reklamasjonsfristene for forbrukerens krav overfor totalentreprenøren gjelder på samme vilkår som overfor byggherren. Det forhold at byggherren etter NS 8407 pkt. 42.2.2 ikke reklamerte ”innen rimelig tid” overfor totalentreprenøren vil ikke ha noen preklusiv virkning for forbrukerens krav.⁸⁹ Forbrukeren må på den annen side fremme en separat reklamasjon overfor totalentreprenøren, reklamasjonen mot byggherren har ikke fristavbrytende virkning overfor totalentreprenøren.⁹⁰ Forbrukeren må derved varsle totalentreprenøren ”innen rimelig tid” etter han oppdaget eller burde oppdaget mangelen. Ved vurderingen av hva som er ”rimelig tid” fremgår det av forarbeidene at det likevel skal kunne tas hensyn til at forbrukeren først kan ta opp saken med byggherre før han retter reklamasjonen videre. Her går det imidlertid en grense, forbrukeren skal ikke kunne ”sitte på gjerde” og avvente situasjonen der byggherren bruker lang tid på å svare.⁹¹ Overfor byggherren vil reklamasjonsfristen kunne være overholdt, men dette vil lite hjelpe der byggherren er konkurs eller lignende.

5.3 Reklamasjon ”så snart råd er”

Bustadoppføringslova § 30 (annet ledd) åpner for at reklamasjoner for mangler som forelå ved overtakelse kan fremsettes ”så snart råd er” etter overtakelsen. Regelen knytter seg til de mangler som forelå ved overtakelse, men åpner for reklamasjon i tiden *etter* overtakelsesforretningen. Jeg finner derfor grunn til å behandle denne fristen, selv

⁸⁹ Ot.prp. nr. 21 (1996-1997) s. 71

⁹⁰ l.c.

⁹¹ l.c.

om oppgaven forøvrig er avgrenset mot mangelsituasjonen ved overtakelsen. Regelen gjenfinnes ikke i NS8407. Etter totalentreprisestandarden må alle mangler synbare ved overtakelse reklameres innen utløpet av overtakelsesforretning, jf. pkt 42.2.1- dvs. senest den dag overtakelsesforretningen avsluttes.⁹²

I forarbeidene begrunnes regelen med at det i forbrukerforhold ikke kan stilles et absolutt krav om at alle synlige mangler skal reklameres under overtakelsesforretningen: "Situasjonen kan vera at det først er etter nærare gjennomtenking i fred og ro at forbrukaren innser at noko han såg under synfaringa, er ein mangel"⁹³. Lilleholt begrunner likeledes regelen med forbrukerhensyn og peker på at det er "menneskeleg" at en forbruker først reagerer når han har fått tenkt seg om og gått gjennom inntrykkene fra overtakelsesbefaringen.⁹⁴

Fristen er angitt til å være kort, kravet er at forbruker må "seie frå raskt, som hovudregel innan få dagar, om dette."⁹⁵

Ettersom fristen etter sin ordlyd er angitt skjønnsmessig vil det eksakte antallet "få dager" nærmere avhenge av en konkret vurdering i den enkelte sak. I en nyere avgjørelse i lagmannsretten, LF-2010-45305, ble fristen omtalt.

Overtakelsesforretningen fant her sted 3. april 2008 og kjøper reklamerte i brev 16. april 2008. Det var tale om en synlig mangel ved overtakelsen, men retten kom til at reklamasjonen var sendt "så snart råd er". Lagmannsretten fant det naturlig å ta hensyn til at kjøper "hadde behov for noe tid å gjennomgå og vurdere sine krav samlet." Retten innvilget altså en frist på 13 dager uten at særlige hensyn gjorde seg gjeldende i noen retning. Det kan spørres om dette er noe lenger enn det som ellers følger av en naturlig språklig forståelse av forarbeidenes krav til "rask reklamasjon innen få dager". Den rettskildemessige vekten av lagmannsrettsdommen bør likevel ikke overdrives, da det ikke ble foretatt noen nærmere drøftelse av fristen.

⁹² Hagstrøm (1996) s. 120

⁹³ Ot.prp. nr. 21 (1996-1997) s. 65 og NOU-1992:9 s. 77

⁹⁴ Lilleholt (2001) s. 164

⁹⁵ Lilleholt (2001) s. 164 og NOU 1992:9 s. 77

Noen nærmere presis angivelse av fristen gir kildene ikke grunnlag for å oppstille. Og dette er kanskje heller ikke målet når fristen er angitt skjønnsmessig. Noe særlig *mer enn to uker* synes det imidlertid ikke være grunnlag for å innvilge ut fra forarbeidenes snevre formuleringer. Regelen fremstår dessuten som en slags sikkerhetsventil for forbrukeren, og det vil i en normalsituasjon være få grunner til at forbrukeren normalt sett skal ha behov for å vente særlig lenge med å reklamere på synlige mangler.

Regelen i bufl. §30 annet ledd er begrunnet i hensynet til forbrukeren, men det kan innvendes at den for begge parter kan skape bevismessige utfordringer. Ved overtakelsesforretning føres normalt en protokoll over synlige mangler som underskrives av begge parter, jf. bufl. §15 (siste ledd). Denne tjener en bevismessig funksjon og partene enes om hvilke avvik som er påpekt ved overtakelsen. De første ukene etter overtakelsen vil ofte medgå til innflytting som i seg selv innebærer en viss risiko for at det oppstår skader, riper og ytre skjønnhetsfeil på bygget. Når de senere reklamasjoner ikke er nedfelt i overtakelsesprotokollen kan det oppstå bevissspørsmål om de påklagde forhold faktisk forelå ved overtakelsen. For mange typer mangler vil dette ikke volde særlig tvil, disse vil være av en slik art at de ikke kan skyldes annet enn utførelsen, eksempelvis lekkasjer eller avvik i bygningskonstruksjonen. Ved andre ytre skader og skjønnhetsfeil vil det ikke alltid være like opplagt om disse forelå ved overtakelsen eller om de har blitt påført senere. Både for forbrukeren og entreprenøren oppstår derfor den uheldige situasjon at det ikke foreligger bevis om disse forelå ved overtakelsen. For byggherren vil det være uheldig at forbrukeren selv etter nesten to ukers bruk kan påberope seg riper og skader han selv kan ha forårsaket ved innflytting. For forbrukeren vil det være uheldig at han ikke nevnte forholdene ved overtakelsen, hvilket kan lede til at byggherren tror at forholdet skyldes forbrukeren selv. Slik regelen er utformet kan det spørres om den ikke også skal oppfattes som en bevisbyrderregel, slik at den må tolkes som en presumpsjon for at avvik som reklameres ”så snart råd er” har foreligget ved overtakelsen. En nærmere drøftelse av dette glir over i en drøftelse av mangelsvurderinger og skal ikke forfølges videre her. Her nevnes bare at regelen muligens kunne vært klarere på dette punkt, da den gjør unntak fra den bevismessige fordel som ligger i en felles gjennomgang og nedtegning av avvik ved overtakelse.

Forbrukerens rett til å rette direktekrav mot totalentreprenøren for mangler som forelå ved overtakelse følger av direktekravsregelen i bufl. §37. Ettersom regelen om direktekrav henviser til § 30 i sin helhet vil forbrukeren ha adgang til å benytte den særskilte fristen også overfor totalentreprenøren. Reklamasjonen må dermed fremsettes overfor totalentreprenøren ”så snart råd er” etter at forbrukeren overtok boligen fra byggherre.

6. Reklamasjonens omfang

6.1 Krav til reklamasjonens mangelangivelse

Dersom en reklamasjon ikke er avgitt innen de relative og absolutte frister taper kjøperen ethvert krav som han kunne gjort gjeldende som følge av mangelen.⁹⁶ Motsatt, der mangelen *er* reklamert i tide gir bufl. og NS 8407 krav på utbedring og/eller subsidiære rettigheter. Av denne grunn vil det være av betydning å kartlegge hvilke krav som stilles til innholdet i reklamasjonen før den overhodet kan gis slik fristavbrytende virkning.

Etter ordlyden i bufl. §30 (1) og NS 8407 pkt 42.2.2 stilles ingen krav til reklamasjonen utover at kjøper må ”gjeve melding” eller ”varsle” om at *mangelen* blir gjort gjeldende. For det første innebærer dette at reklamasjonen skal være et varsel om at en mangel gjøres gjeldende. Det stilles imidlertid ikke krav til at det uttrykkelig kommer frem at mangelen ”blir påberopt” eller lignende formuleringer.⁹⁷ En melding fra kreditor som konkretiserer en mangel vil ofte i seg selv naturlig måtte tolkes som et varsel om at mangelskrav gjøres gjeldende. Generelle mishagsyttringer vil på den annen side normalt ikke være nok. Dette ble slått fast allerede i Rt. 1934 s.740 der det uttales at reklamasjonen for å godtas ”maa fremsettes paa saadan måte at den av mottageren maa forstaaes som en forretningsmessig reklamasjon og ikke alene som uttrykk for misnøye”. Det må altså fremkomme at kjøper generelt ikke vil ”nøye seg med tjenesteyters prestasjon”.⁹⁸

⁹⁶ Marthinussen (2010) s. 616

⁹⁷ Monsen s. 164

⁹⁸ Ot.prp. nr. 29 (1988 -1989) s. 85 flg.

Det kan ikke leses ut av loven noe vilkår at årsaken til mangelen oppgis eller at mangelen spesifiseres.⁹⁹ Forarbeidene til bustadoppføringslova er tause hva gjelder kravet til innholdet i reklamasjonen, men nevner at det bare kreves en ”nøytral” reklamasjon.¹⁰⁰ Dette gjelder derimot spørsmålet om forbrukeren må nevne hvilke mangelsbeføyelser han ønsker å gjøre gjeldende og belyser således ikke temaet vårt. Etter forbrukerkjøpslovens forarbeider innebærer fkjl. §27 tilsvarende formulering ikke et krav om at det angis hva slags mangel det gjelder. Det stilles imidlertid opp som minimumskrav at mangelen ” i noen grad konkretiseres gjennom en angivelse av hva feilen består i eller hvordan den viser seg”.¹⁰¹

Etter kjl. §32 og avhl. §4-19 må kjøperen angi ”hva slags mangel det gjelder”. Vilkåret synes noe strengere enn den i bufl, men innebærer likevel ikke at det kreves en snever eller presis angivelse.¹⁰² I de tilfellene det er vanskelig å si hva slags mangel det er tale om anses det tilstrekkelig med en angivelse av hvordan ”mangelen arter seg”.¹⁰³ Tørum peker i sin artikkel på at hensynet til konsekvente regler taler for en lik tolkning etter bufl. §30.¹⁰⁴ Forbrukerhensyn kan vel tale for at det i alle fall ikke stilles strengere krav.

Et eksempel på en vag mangelsangivelse finnes i dommen i Rt. 2006 s. 1076. Mangelen var i saken angitt i brev som ”fukt i boligen”. Høyesterett fant at dette måtte tilfredsstille lovens krav til angivelse av mangel.¹⁰⁵ Førstvoterende uttalte at avhl. §4-19 ikke stiller strengere krav til reklamasjonen enn etter forbrukerkjøpsloven, og at det heller ikke er noe krav om at årsaken til mangelen skal oppgis.

Det synes etter dette ikke å stilles strenge krav til detaljgraden i reklamasjonen. Huskjøper har således oppfylt vilkårene for reklamasjon der han gir melding om ”fukt i

⁹⁹ Se motsetningsvis NF. 05 art 25.1 (3. ledd)

¹⁰⁰ NOU 1992:9 s. 77

¹⁰¹ Ot.prp. nr. 44 (2001-2002) s. 180

¹⁰² Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 81

¹⁰³ l.c.

¹⁰⁴ Tørum (2007) s. 102

¹⁰⁵ Rt. 2006 s. 1076 (avsn. 59)

boligen”, eller der han peker på at det drypper fra taket, han trenger ikke nevne en trolig årsak.¹⁰⁶

Etter NS 8407 pkt. 42.2.2 kreves heller ingen ”spesifisert” angivelse av mangelen. Det stilles ingen krav til innholdet av reklamasjonen, men han må selvsagt angi hvilke feil som er observert.¹⁰⁷ De strengere forventningene til hva den profesjonelle byggherre må foreta seg må nok likevel føre til at det stilles strengere krav til reklamasjoner etter standardavtalene.¹⁰⁸ Det bør eksempelvis kunne forventes av den profesjonelle byggherren at han kan konkretisere hva han vil gjøre gjeldende og til en viss grad identifisere problemet.¹⁰⁹ Ved videresalg kan byggherrens reklamasjon være foranlediget av en fremsatt reklamasjon mot han. Det er da ikke like opplagt at byggherren selv skal undersøke feilen nærmere før han reklamerer videre. Kanskje har han heller ikke tid til dette før egen frist løper ut. I slike tilfeller bør derfor ikke kravene til detaljangivelse av mangelen stilles høyere for byggherren som ikke har annen kjennskap til feilen enn det som fremgår av reklamasjonen han selv har mottatt.

Skal en oppsummere hva som kreves av reklamasjonen er en dekkende beskrivelse at mangelen i *noen grad må konkretiseres* gjennom en angivelse av *hva feilen består i* eller *hvordan den viser seg*.¹¹⁰ En viss konkretisering er dessuten hensiktsmessig, dette vil kunne gi realdebitor grunnlag for å vurdere om det kan gjennomføres skadebegrensende tiltak.¹¹¹ Realdebitor må kunne kreve å settes på sporet av feilen, men heller ikke mer.¹¹²

¹⁰⁶ Tørum (2007) s. 102

¹⁰⁷ Marthinussen (2010) s. 615

¹⁰⁸ Tørum (2007) s. 103

¹⁰⁹ Marthinussen (2010) s. 615

¹¹⁰ Ot.prp. nr. 44 (2001-2002) s. 180

¹¹¹ Monsen (2010) s. 164

¹¹² Tørum (2007) s. 102

6.2 Nærmere om reklamasjonens rekkevidde

Når det stilles små krav til angivelse av mangelen er et spørsmål som kan oppstå hvilke forhold som faktisk omfattes av reklamasjonen. Ettersom reklamasjonen bare trenger å nevne problemene slik de arter seg utad (symptomene) kan det oppstå spørsmål om reklamasjonen skal omfatte eventuelle bakenforliggende årsaker. Problemet kan komme på spissen der det i forbindelse med utbedring av en mindre feil avdekkes nye eller mer omfattende mangler. Skal det kreves en ny særskilt reklamasjon for disse? Som et utgangspunkt må reklamasjonens rekkevidde bero på en konkret tolkning av mangelsangivelsen i den enkelte reklamasjon.

Dommen inntatt Rt. 2006 s. 1076 er et eksempel problemstillingen, her var det opprinnelig reklamert over ”fukt i veggen” mens det påfølgende utbedringsarbeid avdekket problemer også i grunnmuren. Høyesterett avviste en påstand om krav til ny reklamasjon for dette forholdet og begrunnet det slik:

”Det var allerede reklamert over fuktskader i veggen, og sett i et slikt lys, var *det som senere ble oppdaget ikke nye mangler, men nye årsaker til fuktskadene*”.¹¹³

Uttalelsene gir anvisning på en tolkning av reklamasjoners omfang generelt. De taler for at en reklamasjon også skal omfatte eventuelle bakenforliggende årsaker til det kontraktsmessige avviket.

At en reklamasjon kan dekke mer enn det problem som spesifikt angis har fått oppslutning i entrepriserettslig teori.¹¹⁴ I et avtalerettslig perspektiv bør det dessuten legges til grunn ved tolkningen at realkreditors *vilje* normalt vil være et ønske om å påberope seg feilen i sin helhet. Det vil ha formodningen mot seg at realkreditor ved påberopelse av synlige problemer ikke samtidig ønsker å reklamere over de bakenforliggende årsakene til der disse ikke er klarlagt. For den relative reklamasjonsfrist synes det heller ikke naturlig å kreve at det må reklameres særskilt overfor enhver mangel som avdekkes ved utbedring. Den nærmere utbedring og

¹¹³ Rt. 2006 s. 1076 (avsn. 63)

¹¹⁴ Marthinussen (2010) nederst s. 615 og øverst s. 616

undersøkelse av ”symptomene” skal forestås av entreprenøren, han er nærmest til å finne ut *årsakene* til problemet. Der mangler viser seg ved utbedring vil den entreprenør som står for rettingen ha et incentiv til å si fra dersom han mener disse forhold ikke er omfattet av reklamasjonen.

Også der mangler avdekkes *etter* fullført utbedring vil reklamasjonens rekkevidde få betydning. Som nevnt i pkt. 3.4.4 overfor løper det en ny absolutt reklamasjonsfrist for de deler hvor det er foretatt utbedringsarbeider.

Avgjørende er om de dekkes av det utførte utbedringsarbeidet – om de befinner seg i ”vedkommende” utbedrede del. For å vurdere hva som er utbedret vil mangelen slik den er angitt i reklamasjonen være et nyttig, undertiden det eneste, tolkningsbidrag. I beskrivelsen av NF05 art. 23.3 beskriver Kaasen situasjonen slik: ”Reklamasjonen må gjelde det forhold som tidligere er reklamert, utbedret og nå (fremdeles mangelfullt)”.¹¹⁵ Reklamasjonens rekkevidde vil kunne få avgjørende betydning for omfanget av den utsatte reklamasjonsfrist. Her vil det imidlertid gjøre seg gjeldende et mothensyn mot en vid fortolkning av reklamasjonen. En konsekvens av en vid fortolkning av reklamasjonen er nemlig at kjøperen kan se seg tjent med å reklamere minst mulig spesifikt, slik at større del av bygget omfattes av den forlengede reklamasjonstiden. Tørum argumenterer for at en romslig forståelse av hva som omfattes av den opprinnelige reklamasjon i slike tilfeller kan medføre at man ”snikutvider” garantiansvaret.¹¹⁶ På den annen side bør nok disse innvendinger ikke overdrives. Realkreditor vil vel normalt være mest opptatt av å få så mye som mulig rettet opp ved den første utbedring, hvilket han vil ha størst sjanser til å oppnå ved å nevne alle feil inngående. Etter NS 8407 er dessuten den utsatte frist begrenset til ett år utover den opprinnelige frist og en vid fortolkning av hva som ble utbedret får dermed ikke vidtrekkende konsekvenser. I tilfellene etter bustadoppføringslova vil nok forbrukeren sjelden være så detaljkjent med regelverket at han reklamerer minst mulig spesifikt for å snikutvide sin reklamasjonsfrist.

¹¹⁵ Kaasen (2006) s. 569

¹¹⁶ Tørum (2007) s. 106

Hensynet til realkreditors krav på kontraktsmessig ytelse i garantitiden må uansett veies mot realdebitors behov for at det settes en sluttstrek for kontraktens forpliktelser. Det avgjørende i tvilstilfellene bør være om det ut fra en konkret tolkning av den opprinnelige reklamasjon er naturlig og rimelig å konkludere med at den omfatter det problem som senere er oppdaget.

7. Unntak fra reklamasjonsfristene

7.1 Grov uaktsomhet

Et unntak fra de preklusive virkninger som ellers følger av oversittet reklamasjonsfrist er gjort for de mangler som er forårsaket av selgers *grove uaktsomhet*. Dette følger direkte av bufl. § 30 (4. ledd) og NS 8407 pkt. 42.2.3. Både unntaket i bufl. §30 (4. ledd) og NS 8407 pkt. 42.2.3 henviser uttrykkelig til både den relative og den absolutte reklamasjonsfristen.

Unntaket fra reklamasjonsfrister ved grov uaktsomhet, særlig fra den absolutte frist, gjenfinnes i en rekke lover og standardavtaler,¹¹⁷ og er et utslag av at ansvarsbegrensninger ikke kan gjøres gjeldende ved grov uaktsomhet eller forsett.¹¹⁸ I denne forbindelse forstås altså reklamasjonsfrister som ansvarsbegrensninger for realdebitor.¹¹⁹ Selv om unntaket ikke skulle vært nedfelt direkte i avtalen/loven ville rettsvirkningen - tilsidesettelse av reklamasjonsfristenes preklusive virkninger - fulgt av alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper. Også regelen i avtaleloven¹²⁰ § 36 om sensur av urimelige avtalebestemmelser kan tenkes å føre til tilsidesettelse av reklamasjonsbestemmelsene der mangelen skyldes grovt uaktsomme avtalebrudd.¹²¹

¹¹⁷ Se bl.a. kjl. § 33, avhl. § 4-19 og NS 8405 pkt. 36.8

¹¹⁸ Marthinussen (2010) s. 617

¹¹⁹ Den grove skyld medfører imidlertid ikke avbrudd av foreldelsesfristene som løper parallelt med reklamasjonsfristene. Se foreldelsesloven §§14-19 om avbrytelse av foreldelse.

¹²⁰ Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) av 31. mai 1918 nr. 4 (forkortet "avtl.")

¹²¹ Kaasen (2006), s. 568 behefter det syn at dette må være løsningen etter NF 05 pkt. 25.1 selv om ikke unntaket følger av avtaleteksten.

Unntaket for mangler ved grov skyld er dels begrunnet med at i disse tilfellene trenger ikke selger den informasjon som følger av reklamasjonen, ettersom han selv sitter inne med (eller burde sittet inne med) kunnskap om det mangelfulle forholdet.¹²²

I unntaket synes dessuten å fremgå et pønalt element, den som opptrer grovt klandreverdigg fortjener heller ikke reklamasjonsreglenes beskyttelse.

Rettspraksis har gjennom en rekke dommer vurdert grov uaktsomhet terskelen. En vanlig definisjon er at det må foreligge ”kvalifisert klandreverdigg opptreden som foranledigg sterke bebreidelser for mangel på aktsomhet”.¹²³ En formulering som har vært anvendt på privatrettslige forhold er at det må foreligge ”markant avvik fra bransjenorm”¹²⁴ eller at arbeidet er utført ”klart i strid med kontrakten”.¹²⁵ Det kan eksempelvis være der entreprenøren ikke har brydd seg med å føre normal kontroll med arbeidet.¹²⁶ Er arbeidet utført klart i strid med kontraktens angivelser, for eksempel prosedyrer som skal hindre risikoen for skade, vil dette kunne gi grunnlag for å statuere grov uaktsomhet. Et eksempel er manglende overdekning av betong som øker risikoen for vesentlige betongskader ved at fuktighet kan trenger inn i armeringsjernene og medføre korrosjonsdannelse.¹²⁷ Profesjonsansvaret vil også kunne medføre at en generelt faglig uholdbar utførelse av kontrakten vil kunne utgjøre grov uaktsomhet.¹²⁸

Det har vært reist spørsmål om terskelen for å statuere grov uaktsomhet er høyere i entrepriseretten, dvs. at det skal mer til før noe anses grovt uaktsomt her enn ellers i kontraktsretten.¹²⁹ Synspunktet er senest gjengitt i kommentarutgaven til NS8405 fra 2010, dog som en ren ukritisk henvisning til Kolruds synspunkter i kommentarutgave fra 1992. Siden den gang har det kommet flere høyesterettsdommer om den grove uaktsomhet. I Rt. 1995 s. 486 avviste Høyesterett uttrykkelig en påstand om at en

¹²² Simonsen (1999) s. 339

¹²³ Se f.eks. Rt. 1970 s. 1235 og Rt. 1989 s. 1318

¹²⁴ LE-1993-02338

¹²⁵ LH-2003-291

¹²⁶ Lilleholt (2001) s. 162

¹²⁷ Hagstrøm (artikkel 1996) s. 496

¹²⁸ Rt. 1989 s. 1318 og Rt. 1995 s. 486

¹²⁹ Kolrud (1992) s. 310 og Marthinussen (2010) s. 608

lovfestet grov uaktsomhetsterskel skulle ligge opp mot de forsettslignende tilfeller. I en nyere lagmannsrettsdom LB-2008-146820 ble det statuert grov uaktsomhet for byggeleder etter NS 3403. Lagmannsretten uttalte:

”I utgangspunktet skal det ved vurderingen av profesjonsansvar legges en *streng aktsomhetsnorm* til grunn(...)Bruddet på kontroll- og rapporteringsplikten *ligger i kjerneområdet for de oppgaver og plikter* (...)OP hadde påtatt seg. Bebreidelsen mot Udnæs er (...)at han enten ikke kjente innholdet av det byggdetaljblad han skulle tilstrebe etterlevelse av eller begrunnelsen for dette, eller bevisst satte anbefalingen til side, uten å orientere oppdragsgiver. Disse forhold trekker sterkt i retning av å karakterisere opptreden som grovt uaktsom.” Dommen viser, foruten å være et eksempel på at det i entrepriserettens verden er mulig å nå frem med påstand om grov uaktsomhet, noen av de momentene (min kursivering) som kan bli utslagsgivende. Skjerpelsen av det profesjonelle ansvar de siste tiårene, bl.a. ved dommene i Rt. 1989 s.1318 og Rt. 1991 s. 282, medfører blant annet at betydningsfull faglig svikt, ofte må holdes for grovt uaktsomt.¹³⁰ Det er etter dette lite som tilsier at en faglig svikt må være mer vesentlig i byggebransjen enn på andre kontraktsområder før terskelen skal nås. Kolrud var forøvrig kritisk til at det skulle gjelde en strengere grov uaktsomhetsterskel i entrepriseretten enn ellers.¹³¹

Bustadoppføringslova nevner som alternative vilkår at entreprenøren har opptrådt i strid med ”heder og god tru elles”.

Vilkårene om heder og god tro gjenfinnes bl.a. i kjøpsloven og avhendingsloven og bygger på CISG art. 40.¹³² Etter bestemmelsen kommer ikke reklamasjonsfristene til anvendelse dersom selger ”kjente eller måtte kjenne til det faktiske forhold mangelen gjelder, uten å opplyse om det”. I forhold til unntaket i avhl. §4-19 (3. ledd) har det i teorien vært drøftet om tilbakeholdt kunnskap om mangelen er tilstrekkelig for å statuere brudd på god tro vilkåret eller om det i tillegg må kreves en illojal tilbakeholdelse.¹³³ Skal denne debatten benyttes på bustadoppføringsloven må det tas i betraktning at det er tale om en profesjonell parts tilbakeholdte informasjon overfor en forbruker.

¹³⁰ Hagstrøm (artikkel 1996) s. 506 flg.

¹³¹ Kolrud (1992) s. 310

¹³² Simonsen (1999) s. 339 og Anderssen (2008) s. 355

¹³³ l.c.

Tilbakeholdt informasjon i sådanne tilfeller om mangler i et nyoppført bygg bør derfor normalt anses illojalt.¹³⁴

Etter bufl. §30 (4. ledd) er det dessuten et krav om årsakssammenheng med entreprenørens opptreden og mangelen, jf. ordene ”om mangelen kjem av”. Skal reklamasjonsfristene settes ut av spill er det således ikke nok - i denne sammenheng – at byggherren eller noen han svarer for ikke har nevnt selve mangelen. Selve mangelen må *følge av* entreprenørens oppførsel. Regelen bygger på prinsippet om tilbakeholdt informasjon etter CISG art. 40, men dette passer ikke like godt når det kreves at mangelen skyldes den ”illojale” oppførsel. Et slikt eksempel kan vel likevel tenkes der entreprenøren/byggherren ikke har gitt essensielle opplysninger om bygget og dette har ført til feil bruk, skader eller slitasje. Ordlyden i bufl. §30 er forøvrig ikke avgrenset til de tilfellene der selger har tilbakeholdt informasjon, og regelen kan tenkes anvendt også der selgeren på annen måte har opptrådt illojalt.¹³⁵

Alternativene om ”heider og god tru” gjenfinnes ikke i NS 8407 pkt. 42.2.3. Holder totalentreprenøren tilbake informasjon eller ved sin illojale opptreden på annen måte fører til at det oppstår skader eller mangler vil dette likevel kunne rammes av unntaket. En grovt illojal handling fra entreprenørens side vil samtidig kunne klassifiseres som en grovt uaktsom eller forsettlig handling, slik at det ikke blir så stor forskjell på vilkårene som det umiddelbart kunne se ut ved den blotte lesning. Et eksempel er der entreprenøren overser vesentlige krav til kvalitetssikring, dette kan være både i strid med ”heider og god tru” og det kan innebære et forsettlig kontraktsbrudd. Det kan likevel spørres om det etter NS 8407 må kreves en ”grov illojalitet”, mens dette ikke kan innfortolkes i regelen i bufl. Unntaket i bustadoppføringsloven må likevel leses i den sammenheng det fremkommer, alternativene står sidestil med ”grov uaktsomhet” og dette taler for at det også her skal en del til før reklamasjonsfristene tilsidesettes. Videre krever som nevnt begge regelsett årsakssammenheng mellom entreprenørens opptreden/utførelse og mangelen. Slik sett blir det neppe så stor realitetsforskjell på de to alternativene som det kan synes ut fra den blotte lesning.

¹³⁴ Anderssen (2008) s. 356 har tilsvarende konklusjon om vilkåret i avhl. § 4-19.

¹³⁵ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 82

Unntaket etter bustadoppføringslova § 30 (4. ledd) gjelder også der den grove uaktsomhet er begått av noen byggherren ”svarer for”. Det er altså nok at byggherrens ansatte eller totalentreprenøren har opptrådt grovt uaktsomt eller i strid med heder og god tro for at forbrukerens reklamasjonsfrister bortfaller overfor byggherren.¹³⁶

Etter NS 8407 pkt. 42.2.3 gjelder unntaket der mangelen har sin årsak i forsett/grov uaktsomhet ”hos totalentreprenøren”. Ut fra ordlyden synes det klart at unntaket omfatter totalentreprenørens ansatte. Formuleringen er tolket slik at unntaket også omfatter underentreprenører.¹³⁷

Etter NS 8407 pkt. 42.2.3 gjelder ikke reklamasjonsfristene for de mangler entreprenøren *forsettlig* har forårsaket. Med forsett menes i denne sammenheng der entreprenøren med vitende og vilje har begått et kontraktsbrudd. Et eksempel kan være der mangelen skyldes at entreprenøren med vilje har valgt en avvikende løsning fra det som følger av kontrakten. Det kan imidlertid være gode grunner for at entreprenøren velger avvikende løsninger. Han kan ha fått opplysninger som gjør at han anser en utførelsesmetode bedre enn den opprinnelig tiltenkte. Og det kan bli benyttet andre, men likeverdige materialer i bygget. Forsett blir det først spørsmål om dersom resultatet blir dårligere, eksempelvis dersom entreprenøren bevisst unnlater å bruke foreskrevet isolasjon og istedenfor velger en av manglende kvalitet for å spare penger.¹³⁸

I utgangspunktet vil det foreligge forsett der entreprenøren med vitende og vilje har tilsidesatt kontraktens krav eller i det minste kravene til forsvarlig utførelse, eksempelvis ved å bevisstlig bryte sikkerhetsforskrifter for bygget. For at en part forsettlig skal ha forårsaket mangelen har det vært drøftet om det også må foreligge forsett i forhold til skadefølgen, slik kravet er etter strafferetten.¹³⁹ I entrepriseretten innebærer dette i så fall et krav om at entreprenøren også må ha vært klar over at valget om å bryte kontraktsvilkårene fører til tap for den annen part- eksempelvis i form av en mangel. Dette spørsmålet skal ikke forfølges her, ettersom pkt. 42.2.3 sidestiller ”grov uaktsomhet” vil det være nok at entreprenørens uvitenhet angående skadefølgen kan

¹³⁶ Lilleholt (2001) s. 114

¹³⁷ Hagstrøm (1996) s. 66 og Marthinussen (2010) s. 608

¹³⁸ Marthinussen (2010) s. 608.

¹³⁹ Hagstrøm (2008) s. 463

klassifiseres som grov uaktsom.¹⁴⁰ En annen sak er at skadefølgen i seg selv kan være en indikasjon på grovheten av kontraktsbruddet, jf. Rt. 1995 s. 486 (på s. 494). Fra en mer (forsett) til det mindre (grov uaktsomhet) betraktning må forsettalternativet også kunne anvendes etter bufl. § 30 (3).

Verken den relative eller absolutte reklamasjonsfrist kommer til anvendelse ved de kontraktsbrudd som skyldes grov uaktsomhet. Det er imidlertid ikke like lett å se begrunnelsen for at den relative fristen skal bortfall som følge av kontraktsbruddet. Det er i første rekke den absolutte reklamasjonsfrist som fremstår som en ansvarsbegrensning og dermed kan begrunnes bortfalt ved skyld grov uaktsomhet. Den relative fristen kan vanskelig ses som noen ansvarsbegrensning, og bortfall av denne kan dermed neppe forsvares med prinsippet i avtaleloven § 36. Det vil sjelden være urimelig å kreve at kreditor reklamerer innen rimelig tid dersom han mener det foreligger grov uaktsomhet.

En ytterligere begrunnelse for unntaket er at ved den grove uaktsomhet vil debitor normalt selv vite eller burde vite at han har forårsaket et kontraktsbrudd, slik at han ikke har behov for et varsel fra sin medkontrahent om dette. Etter min mening vil heller ikke dette alltid være like opplagt. For det første vil begge parter ha interesse i så tidlig som mulig å få klarlagt eventuelle avtalebrudd. For det andre kan enkelte krav bare føre frem dersom selve kontraktsbruddet skyldes grov uaktsomheten, jf. eksempelvis NS 8407 pkt. og i forhold til disse bestemmelsene vil det ikke alltid være like opplagt for debitor at han har overtrådt. På en annen side må en ta i betraktning at den grove uaktsomhet ofte vil bli påberopt i forbindelse med en senere tvist eller uenighet, og da vil ofte den relative reklamasjonsfrist være ute. Skal unntaket fra den absolutte reklamasjonsplikten ved grov uaktsomhet derfor bli virksomt vil det derfor være naturlig at også den relative frist oppheves.

¹⁴⁰ Kaasen (2006) s. 608, slik også Hagstrøm (2008) s. 465

7.2 Utvidet direktekravsadgang ved grov uaktsomhet

Der mangelskravet fremsettes av forbruker overfor totalentreprenør etter direktekravsregelen i § 37 kommer bufl. §30 (4) til anvendelse. Dette følger av at bufl. §37 viser til reklamasjonsregelen i § 30 i sin helhet.

Dette innebærer at selv om byggherrens reklamasjonsfrist er oversittet etter NS8407, og selv om forbrukerens reklamasjonsfrist etter § 30 (1-3. ledd) er ute, vil forbrukeren likevel kunne fremsette krav overfor totalentreprenøren der mangelen skyldes grov uaktsomhet. Dette fordrer selvfølgelig at det foreligger en mangel etter begge kontraktsledd, jf. formuleringen ” i same mon” i § 37. Men i forhold til reklamasjonsfristene er det altså avgjørende at totalentreprenøren, etter vurderingen i bufl. §30 (4), har forårsaket mangelen ved ”grov uaktsomhet eller i strid med heider og god tru”. Det skal etter § 37 foretas en separat vurdering av reklamasjonsfrist ”for tilhøvet mellom forbrukaren og den tidlegare avtaleparten”, og dette må innebære at det alene er totalentreprenørens grove uaktsomhet som får betydning.¹⁴¹ Er den grove uaktsomhet alene forhold hos byggherren vil altså ikke unntaket i bufl. §30 (4) komme forbrukeren tilgode overfor totalentreprenøren. Her vil han bare ha kravet sitt i behold overfor byggherre.

Unntaket for grov uaktsomhet e.l. er annerledes utformet etter bustadoppføringslova enn etter NS8407. Hvorvidt forbrukerens reklamasjonsfrist er unntatt må for direktekravene altså vurderes etter § 30 (4). Det kan dermed tenkes tilfelle der byggherrens reklamasjonsfrister ikke kan settes til side som følge av at forholdet ikke anses ”grov uaktsomt eller forsettlig” etter NS 8407 pkt 42.2.3, men at forbrukerens direktekrav kan godtas dersom mangelen likevel er forårsaket av at totalentreprenøren har opptrådt i strid med ”heider og god tru elles”. Avgjørende for om forbrukeren overfor totalentreprenøren kan påberope seg unntak fra reklamasjonsfristene blir om mangelen skyldes at totalentreprenøren eller noen av hans underentreprenører har ”opptrådt grovt aktlaust eller i strid med heider og god tru”.

¹⁴¹ Ot.prp. nr. 21 (1996-1997) s. 71

7.3 Realitetsdrøftelser ved relative reklamasjonsfrister

Et annet unntak fra reklamasjonsfristenes preklusive virkninger kan følge av den ulovfestede læren om realitetsdrøftelser.¹⁴² I første omgang behandles realitetsdrøftelsers betydning i forhold til de relative reklamasjonsfrister.

Etter en ulovfestet norm utviklet av høyesterettspraksis *kan* selgers handlemåte – realitetsdrøftelsen - innebære at retten til å påberope fristoversittelse for reklamasjon går tapt. Realitetsdrøftelser går ut på at selgeren begir seg ut på diskusjoner om ”realiteten” i reklamasjonen, eksempelvis hvorvidt det faktisk foreligger en mangel, fremfor å gjøre gjeldende at den er for sent fremsatt.¹⁴³ Læren er også brukt på de tilfeller der misligholdende part alene ved sin passivitet har tapt retten til å påberope seg at reklamasjonen er fremsatt for sent. En av de grunnleggende dommene som befestet læren er inntatt i Rt. 1920 s. 831. Her var begrunnelsen at når selger i sitt svar på reklamasjonen ikke fremsatte formelle innsigelser mot reklamasjonen ”men derimot indlot sig paa imøtegaelse av selve gehalten av de fremførte anker mot varen, har Viking (...) avskåret sig adgang til senere (...) at gjøre gjeldende, at reklamationen var for sent fremkommet”.

En sentral dom av nyere tid er den i Rt. 1984 s. 962, hvor Høyesterett uttalte at entreprenøren her ”opptrådt på en måte som måtte gi inntrykk av at taklekkasjen ville bli avhjulpet” og derved ”ved sin opptreden etter at reklamasjonen ble fremsatt (...) avskåret seg fra å påberope reklamasjonen”. En ser at regelen bygger på en lojalitetsplikt mellom partene. I juridisk teori har det vært en del diskusjoner om hvilke nærmere prinsipper læren bygger på. Krüger har hevdet at begrunnelsen er avtalerettslig, hvor selgers handlemåte utgjør et dispositivt frafall av fristinnsigelsen.¹⁴⁴

¹⁴² Det kan forøvrig følge av avtalesynspunkter at innsigelser om for sen reklamasjon går tapt.

Selger kan uttrykkelig ha godtatt reklamasjonen eller mangelen, eller ha gitt tilkjenne at han trekker en innsigelse mot reklamasjonen. Se Anderssen (2008) s. 349 flg.

¹⁴³ Hagstrøm (2008) s. 343

¹⁴⁴ Krüger (1999) s. 421

Hagstrøm har på sin side argumentert for at passivitetsprinsipper alene kan begrunne bortfall av innsigelsen.¹⁴⁵

Sammenfatningsvis innebærer læren at realdebitor ved sin konkludente atferd eller passivitet har skapt en berettiget forventning hos kjøper om at *innsigelse mot reklamasjonens rettidighet* ikke vil bli påberopt.¹⁴⁶

Anderssen argumenterer i teorien for at det i tråd med avgjørelsene i LB-1998-2312 og LH-2005-181850 bør gjelde et strengere vilkår. Avgjørelsene synes å kreve noe mer enn at selve fristoverskridelsen er godtatt - selger må ha skapt en forventning om innrømmelse av at selve kontraktsbruddet er godtatt. På denne bakgrunn fremholder han at "Den kjøper som hele tiden har fått sitt krav avvist, har ingen beskyttelsesverdig interesse ettersom det for ham går ut på ett hvorvidt kravet blir avvist som for sent fremsatt eller som materielt uholdbart. Rettskildebildet taler imidlertid for den første løsningen".¹⁴⁷

Videre kjennetegnes rettspraksis ved at det særlig er plass for læren der det har gått lang tid fra reklamasjonen til innsigelsen om fristoverskridelse blir fremsatt.¹⁴⁸

Tidsmomentet er undertiden ansett viktigere enn innholdet realitetsdrøftelsen.¹⁴⁹

Det skal for helhetens skyld nevnes at det ikke er fullstendig enighet i teorien om hvorvidt rettspraksis gir tilstrekkelig grunnlag for å oppstille en generell ulovfestet regel om realitetsdrøftelser. Monsen avviser at det opereres med en slik "selvstendig lære om realitetsdrøftelser" ettersom de fleste dommene er konkret begrunnet, det være seg ulovfestede passivitetsprinsipper eller dispositive handling.¹⁵⁰ Et stykke på vei kan diskusjonen omkring realitetsdrøftelsen plass muligens ses på som en diskusjon om begrepsbruken. Etter den omfattende rettspraksis som foreligger kan det etter min mening vanskelig hevdes at det ikke finnes en slik lære. Spørsmålet er heller hva som

¹⁴⁵ Hagstrøm (2008) s. 344 og 345

¹⁴⁶ Anderssen (2008) som på side 352 flg, sammenfatter teori og rettspraksis med videre henvisninger til LA-2003-20383 og LB-2000-1709. Se også Simonsen (1999) s. 342, Kolrud (1997) s. 594-595.

¹⁴⁷ Andersen (2008) kommentar til avhl. s. 352.

¹⁴⁸ Anderssen (2008) s. 351 med henvisninger til Kolrud og LA-2003-20383 og LF-2005-185950.

¹⁴⁹ Kolrud (1997) s. 594

¹⁵⁰ Monsen (2010) s. 199 flg. stiller opp en vurderingsnorm basert på passivitetsprinsipper, se s. 201.

kan medføre at innsigelsene går tapt. Og her er ikke rettspraksis entydig i de begrunnelser som gis, de fleste av dommene er begrunnet konkret. Nettopp av denne grunn mener jeg det likevel bør være grunnlag for en generell vurderingsnorm for realitetsdrøftelsenes plass på bakgrunn av lojalitetshensyn.

Hva som nærmere skal til før selger/realdebitors atferd og passivitet kan føre til bortfall av innsigelsen vil måtte bero på en nærmere vurdering. Avgjørende vil være om en helhetsvurdering av debtors utviste passivitet og/eller konkludente atferd tilsier at kreditor er gitt en berettiget forventning om at innsigelser mot reklamasjonensfristens utløp ikke vil gjøres gjeldende. I vurderingen vil debtors oppførsel, evt. passivitets lengde kunne få avgjørende betydning. En bør også kunne se hen til partenes profesjonalitet og kjennskap til regelverket, samt behovet for rask avklaring i den enkelte situasjon. Det bør også være anledning til å vektlegge partenes forventninger ut fra medkontrahentens tidligere opptreden ved lignende spørsmål.

I vurderingen bør det samtidig tas hensyn til at dersom mangelen fremstår tvilsom vil det for realdebitor være naturlig å først hevde at det ikke foreligger mislighold. Læren bør ikke virke som en "felle", ei heller bør den virke som en sperre mot kommunikasjon mellom partene.¹⁵¹ Den part som lojalt har forsøkt å avhjelpe situasjonen bør ikke "fanges" av regelverket.

Drøftelsen over gjelder læren om realitetsdrøftelser generelt og vil således ha gyldighet for de relative reklamasjonsfrister også etter NS8407. Spørsmålet om hvorvidt en innsigelse mot oversittet relativ reklamasjonsfrist kan gå tapt er nå imidlertid direkte løst i NS 8407 pkt. 5 (3. ledd). Av bestemmelsen fremgår at varslar, herunder reklamasjon, skal anses rettidig dersom den annen part ikke "uten ugrunnet opphold" gjør gjeldende at de er fremsatt for sent. Bestemmelsen oppstiller en preklusiv frist for påberopelse av for sen reklamasjon.¹⁵² Etter standarden trenger en altså i disse tilfellene ikke vurdere om innsigelsen er tapt ved realitetsdrøftelser.

¹⁵¹ Hagstrøm (2008) s. 343 og Kolrud (1997) s. 593

¹⁵² Marthinussen (2010) s. 94 flg.

7.4 Realitetsdrøftelser ved absolutte reklamasjonsfrister

Realitetsdrøftelser kan medføre tap av innsigelser mot de *avtalefestede absolutte reklamasjonsfrister*, blant annet fristene i standardavtaler. Dette ble resultatet i dommen inntatt i Rt. 1984 s. 962 – entreprenør kunne ikke gjøre gjeldende innsigelser mot reklamasjon fremsatt etter utløpet av ettårsfristen i NS 3401 pkt. 25.9 som følge av realitetsdrøftelser.¹⁵³

Realitetsdrøftelser vil på den annen side ikke medføre bortfall av innsigelser mot *de lovfestede absolutte reklamasjonsfrister*. Denne rettsregelen er hentet fra avgjørelsen i Rt. 1960 s. 146. De preklusive virkninger av femårsfristen etter bustadoppføringslova § 30 (1. ledd, 2. pkt) vil således ikke bortfalle som følge av realitetsdrøftelser.

De to ovennevnte dommene er imidlertid tolket annerledes av Monsen¹⁵⁴. Etter hans syn er det ikke avgjørende om den absolutte fristen fremkom i *lov eller avtale*, men om den som mottok reklamasjonen utviste *ren passivitet eller dispositivt fraskrev seg innsigelsen*. I Rt. 1960 s. 146 var det tale om passivitet og her ble resultatet ikke bortfall av innsigelsen. I Rt. 1984 s. 962 var det derimot tale om dispositivt utsagn og høyesterett kom til at misligholdende part derved hadde fraskrevet seg innsigelsen. Dersom en legger et slikt perspektiv til grunn åpnes for at realitetsdrøftelser kan slå i hjel innsigelser også mot oversittet *lovfestet femårsfrist*.¹⁵⁵ Monsens oppdeling kan etter mitt syn ha nok ha en del for seg. En innvending mot å skille mellom lov og avtale er jo der reklamasjonen er forbruker. Det kan virke noe urimelig at forbrukerkjøperen i denne sammenheng har mindre beskyttelse mot realitetsdrøftelser enn den profesjonelle byggherre. Unntaket for realitetsdrøftelser skal beskytte den reklamerende parts berettigede forventninger om at innsigelser mot reklamasjonens rettidighet ikke vil forekomme. Og hensynet til den part som selv har bidratt til forventningen om at reklamasjonsfristen anses overholdt synes like lite beskyttelsesverdig uavhengig av hvor reklamasjonsfristen fremkommer. Skillet mellom lov og avtalefestet reklamasjonsfrist kan derfor kritiseres. I øvrig enstemmig teori er imidlertid dommene tolket som prejudikater for at det sentrale skille ved

¹⁵³ Anderssen (2008) s. 350 og Hagstrøm (2008) s. 344

¹⁵⁴ Monsen (2010) s. 198.

¹⁵⁵ I den grad dispositiv fraskrivelse av innsigelsen anses som realitetsdrøftelser.

realitetsdrøftelser er hvorvidt den absolutte reklamasjonsfrist fremkommer i lov eller avtale.¹⁵⁶

7.5 Utvidet direktekravsadgang som følge av realitetsdrøftelser

Realitetsdrøftelser kan føre til at totalentreprenørens innsigelser mot byggherrens reklamasjon bortfaller. Tilsvarende kan byggherrens innsigelser overfor forbrukerens reklamasjonsfrist bortfalle. Forbrukeren kan dog ikke påberope seg realitetsdrøftelser der den absolutte reklamasjonsfrist er oversittet, jf. pkt. 7.4.

Bufl. §37 utvider den alminnelige adgang til direktekrav slik at reklamasjonsfristene etter bufl. §30 kommer til anvendelse overfor totalentreprenøren.

Spørsmålet er hva som blir konsekvensen av realitetsdrøftelser der forbrukeren setter frem et direktekrav mot totalentreprenøren. I vurderingen må det sondres etter hvilket partsforhold det har forekommet realitetsdrøftelser og hvorvidt det er tale om relativ eller absolutt reklamasjonsfrist.

Hvorvidt byggherrens reklamasjonsfrister overfor totalentreprenøren er oversittet eller i behold har ingen betydning for forbrukerens adgang til reklamasjon. Bufl. §37 oppstiller ingen ren subrogasjonsregel og forbrukeren må reklamere særskilt overfor totalentreprenøren. Om det har forekommet realitetsdrøftelser mellom byggherre og totalentreprenør vil derfor ikke få noen innvirkning for forbrukerens adgang til direktekrav. Det avgjørende er alene om forbrukerens reklamasjonsfrister overfor totalentreprenøren er i behold.

For det første har en situasjonen der byggherren ved realitetsdrøftelser i første omgang mister innsigelser mot forbrukerens reklamasjonsfrist. Her minnes om at dette bare vil være en aktuell problemstilling i forhold til den *relative* reklamasjonsfristen.¹⁵⁷

¹⁵⁶ Hagstrøm (2008) s. 344, Bergsåker (kjøp av fast eiendom 2003) s. 369, Anderssen (2008) s. 350, Holmboe (1991) s. 45

¹⁵⁷ Byggherren vil som nevnt ikke kunne tape innsigelser mot forbrukerens oversittelse av den absolutte reklamasjonsfrist.

Dersom forbrukeren i disse tilfellene ønsker å rette kravet mot totalentreprenøren vil ikke byggherrens realitetsdrøftelser automatisk føre til at kravet også er i behold mot totalentreprenør. Dette følger av at bufl. §37 henviser til § 30 for reklamasjonsfristene. Avgjørende blir i dette tilfellet om forbrukeren også har reklamert direkte overfor totalentreprenøren ”innen rimelig tid”. I denne skjønnsmessige vurderingen bør det vel likevel være rom for å hensynta at kravet ikke er fremsatt overfor totalentreprenøren tidligere fordi byggherren gikk inn på realitetsdrøftelser. Men byggherrens oppførsel kan bare bli relevant som et moment i vurderingen av om forbrukeren har fremsatt kravet ”innen rimelig tid”. Noen direkte virkning overfor totalentreprenøren vil ikke byggherrens realitetsdrøftelser få, det løper en selvstendig reklamasjonsfrist i forholdet mellom forbruker og totalentreprenør.¹⁵⁸ En annen sak er at forbrukeren her vil ha kravet mot *byggherren* i behold, men dette vil være lite til hjelp der byggherren er gått konkurs e.l.

En annen situasjon er dersom totalentreprenøren selv har innlatt seg på realitetsdrøftelser direkte med forbrukeren. Ettersom det løper en selvstendig reklamasjonsfrist mellom forbrukeren og totalentreprenøren må følgen være at totalentreprenøren i disse tilfellene vil kunne miste sine innsigelser mot reklamasjonen.¹⁵⁹

Annerledes blir følgen der den *absolutte* reklamasjonsfrist etter loven er ute, men totalentreprenøren har innlatt seg på realitetsdrøftelser direkte overfor forbrukeren. I forholdet mellom forbruker og totalentreprenør følger det av bufl. §37 (3. ledd) at det er *lovens* reklamasjonsregel i § 30 som kommer til anvendelse. Realitetsdrøftelser kan imidlertid ikke føre til tap av innsigelser overfor en oversittet *lovfestet absolutt* reklamasjonsfrist. Totalentreprenørens realitetsdrøftelser vil dermed ikke få noen betydning dersom den absolutte reklamasjonsfrist etter loven er ute.

Her ser en igjen at skillet mellom realitetsdrøftelsene ved lovfestet og avtalefestet absolutt reklamasjonsfrist kan slå noe urimelig ut. Overfor byggherren kan

¹⁵⁸ Ot.prp. nr. 21 (1996-1997) s. 71

¹⁵⁹ l.c.

totalentreprenørens innsigelser gå tapt ved realitetsdrøftelser. Det kan spørres hvorfor ikke det samme bør være tilfellet der totalentreprenøren har innlatt seg på realitetsdrøftelser direkte overfor forbrukeren.

2. Litteraturliste

Lov- og forarbeidsregister

1918	Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) av 31. mai 1918 nr. 4
1988	Lov om kjøp (kjøpsloven) av 13. mai 1988 nr. 27
1989	Lov om håndverkertjenester mm. for forbrukere (håndverkertjenestelova) av 16.juni1989 nr. 63
1992	Lov om avhending av fast eiendom (avhendingslova) av 3. juli 1992 nr. 93
1997	Lov om avtaler med forbrukar om oppføring av ny bustad mm. (bustadoppføringslova) av 13. juni 1997 nr. 43
2002	Lov om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven) av 21. juni 2002 nr. 34
Ot.prp.nr. 80 (1986-1987)	Om A Kjøpslov B Lov om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løsørekjøp, vedtatt 11 april 1980
Ot.prp.nr.29 (1988-1989)	Om lov om håndverkertjenester m.m for forbrukere
Ot.prp.nr.66 (1990-1991)	Om lov om avhending av fast eiendom (avhendingslova)
NOU 1992:9	Forbrukarentreprise lov
Ot.prp.nr.21 (1996-1997)	Om lov om avtaler med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m (bustadoppføringslova)
Ot.prp.nr. 44 (2001-2002)	Om lov om forbrukerkjøp (forbrukerkjøp loven)
Innst.O.nr.58 (2006-2007)	Innstilling fra justiskomiteen om endringer i forbrukerkjøpsloven mv

Doms- og avgjørelsesregister

Rt. 1920 831

Rt. 1933 1218

Rt. 1934 740

Rt. 1960 146

Rt. 1970 1235

Rt. 1984 962

Rt. 1989 1318

Rt. 1991 282

Rt. 1995 486

Rt. 1997 1029

Rt. 2006 1076

Rt. 2010 103

LE-1993-02338

LA-1997-1134

LB-1998-2312

RG-1999-1

LB-2000-1709

LA-2003-20383

LH-2003-291

LF-2003-1984

LF-2005-185950

LH-2005-181850

LA-2006-105609

LB-2008-146820

LF-2010-45305

Boligtvistnemnda sak nr. 584, av 13. mai 2011 (http://boligtvistnemnda.no/avgj_relser)

Bøker

- Anderssen (2008): Anderssen, Harald Benestad. *avhendingslova med kommentarer*. 1. utg. Oslo, 2008.
- Bergem (2008): John Egil Bergem, Berte Elen Konow og Stein Rognlien. *kjøpsloven 1988 og FN-konvensjonen 1980 om internasjonale løssørekjøp med kommentarer*. 3. utg. Oslo, 2008.
- Hagstrøm (1996): Hagstrøm, Viggo. *Entrepriserett Utvalgte emner*. 1. utg. Oslo, 1996.
- Hagstrøm (2008): Hagstrøm, Viggo og Magnus Aarbakke. *Obligasjonsrett*. 3. oppl. Oslo, 2008.
- Kaasen (2006): Kaasen, Knut. *Petroleumskontrakter Med kommentarer til NF 05 og NTK 05*. 1. utg. Oslo, 2006.
- Kolrud (1992): Kolrud, Helge Jakob. [et.al.] *Kommentar til NS3430*. 1.utg. Oslo, 1992.
- Krüger (1999): Krüger, Kai. *Norsk kjøpsrett*. 4. utg. Bergen, 1999.
- Lilleholt (2001): Lilleholt, Kaare. *Avtale om ny bustad*. 1. oppl. Oslo, 2001.
- Marthinussen (2007): Marthinussen, Heikki Giverholt og Hans-Jørgen Arvesen. *NS8406 Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt med kommentarer*. 1. utg. Oslo, 2007.
- Marthinussen (2010): Karl Marthinussen, Heikki Giverholt og Hans-Jørgen Arvesen. *NS8405 med kommentarer 2010*. 3. utg. Oslo, 2010.
- Sandvik (1966): Sandvik, Tore. *Entreprenørrisikoen*. 1. utg. Oslo, 1966.
- Selvig (2006): Selvig, Erling. *Kjøpsrett til studiebruk*. 3. utg. Oslo, 2006.
- Tørum (2007): Tørum, Amund B. *Direktekrav*. 1. utg. Oslo, 2007.
- Woxholth (2006): Woxholth, Geir. *Avtalerett*. 6. utg. Oslo, 2006.

Artikler

- Gisle (2011): Gisle, Jon. *Rettslig Standard*. I: Store Norske leksikon (nettutgave). 2011, http://snl.no/rettslig_standard
- Hagstrøm (artikkel 1996): Hagstrøm, Viggo. *Om grensene for ansvarsfraskrivelse, særlig i næringsforhold*. I: Tidsskrift for rettsvitenskap. 1996, s. 421 flg.

- Holmboe (1991): Holmboe, Morten. *Reklamasjons- og foreldelsesreglene i gjensidige kontraktsforhold – en ajourføring*. I: Jussens Venner. 1991, s. 23 flg.
- Kolrud (1997): Kolrud, Helge Jakob. *Reklamasjon og realitetsdrøftelser*. I: Ånd og Rett – Festskrift til Birger Stuevold Lassen. 1997, s. 585 flg.
- Monsen (2010): Monsen, Erik. *Om reklamasjonsregler, passivitetsprinsipper og realitetsdrøftelser*. I: Jussens Venner. 2010, s. 147 flg.
- Simonsen (1999): Simonsen, Lasse. *Kreditors mangelsbeføyelser – særlig for tilvirkningskontraktene*. I: Jussens Venner. 1999, s. 305 flg.
- Tørum (2007): Tørum, Amund Bjøranger. *Avgivelse av mangelen som vilkår for fristavbrudd ved reklamasjon og foreldelse*. I: Tidsskrift for Forretningsjus. Nr 2, 2007, s. 100 flg